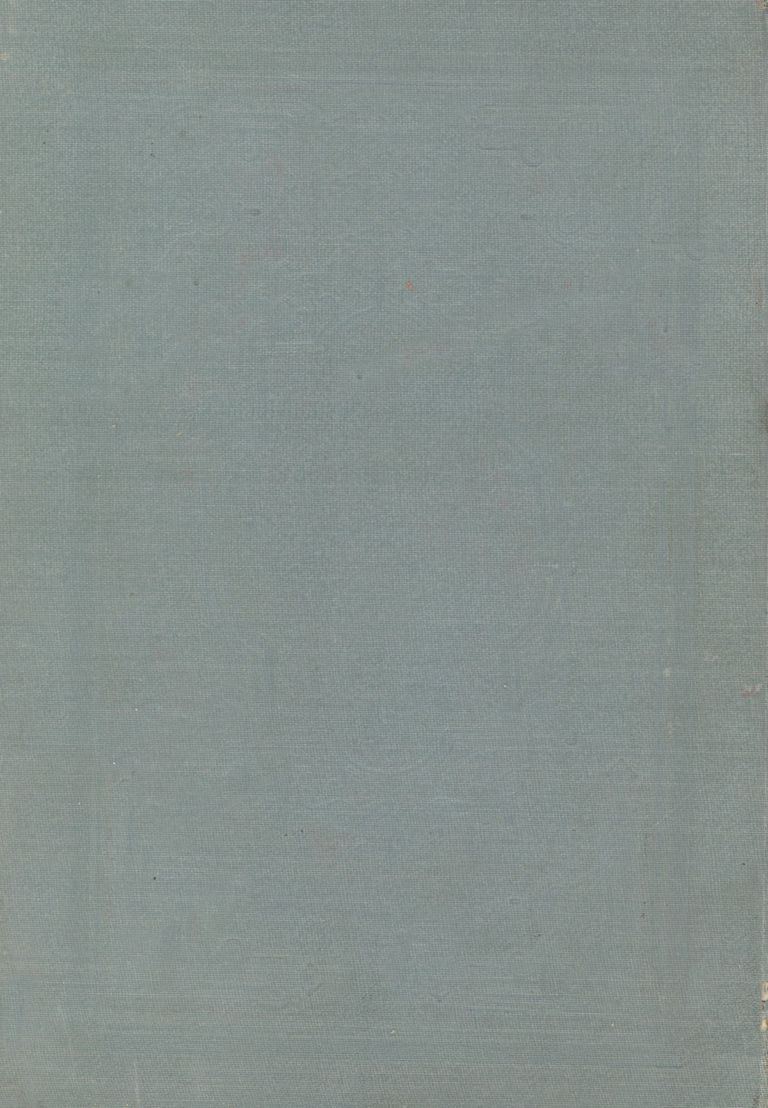
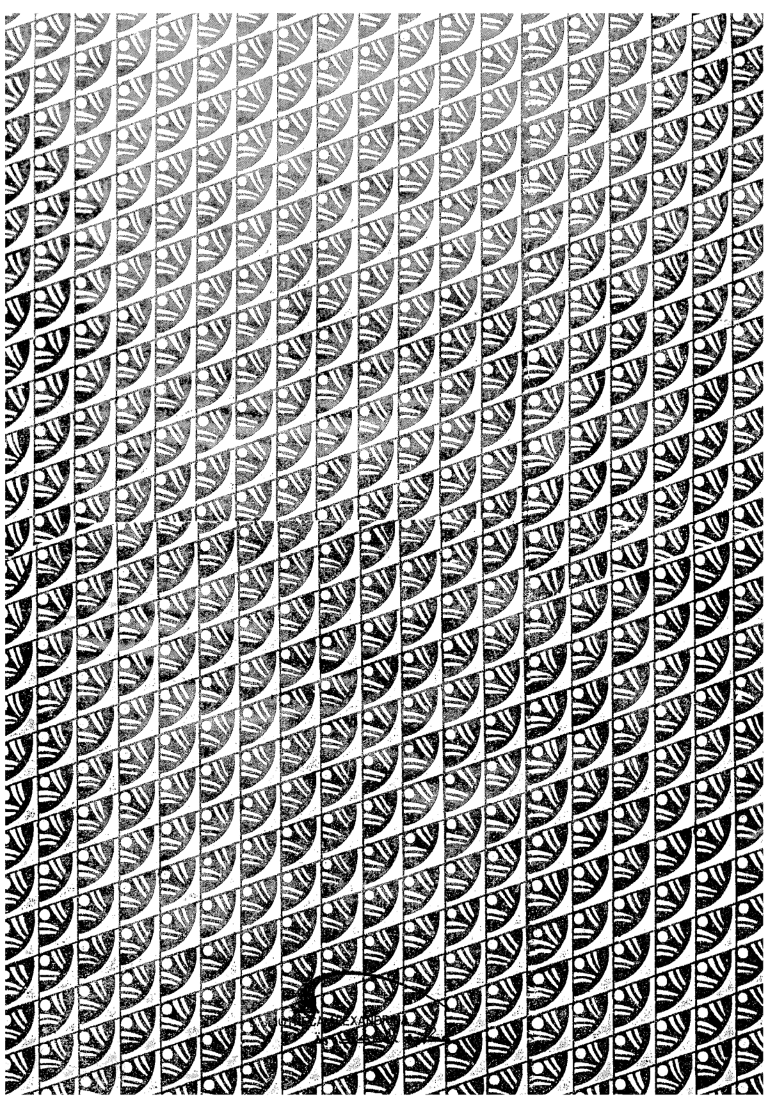
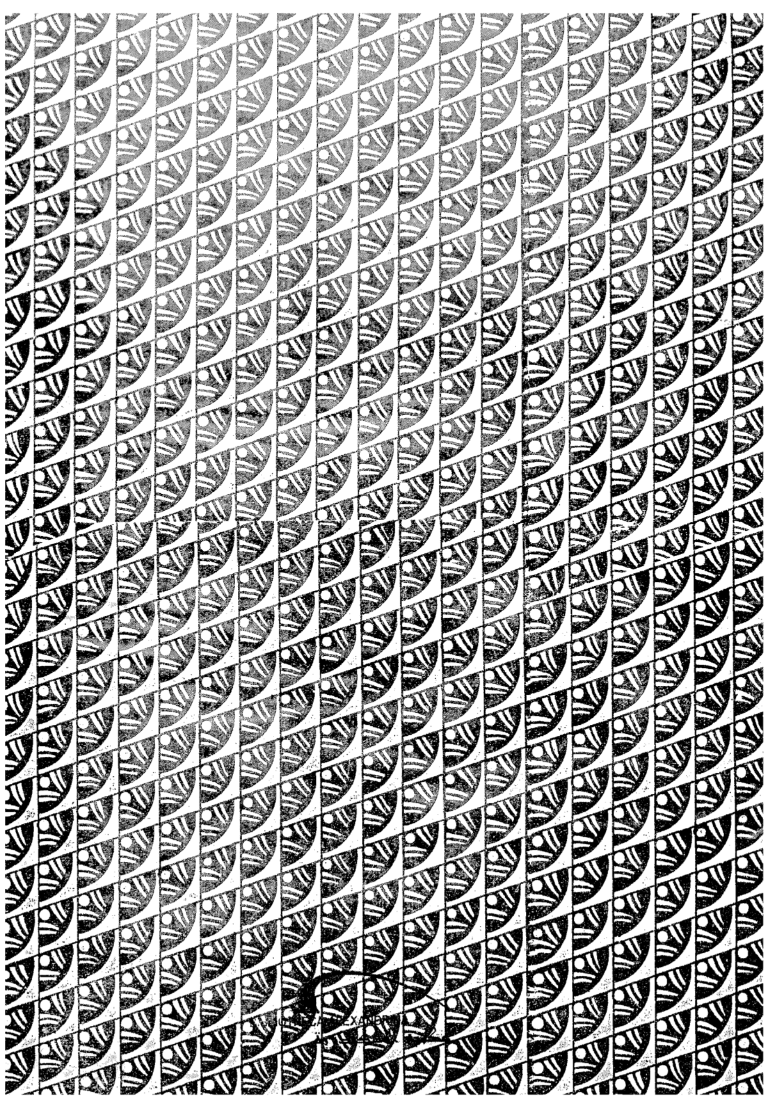








الجزؤ الثانی من مجمع الانهر فی شرح ملتقی الابحر

(ناشری)

شرکت صحافیۀ عثمانیه احمد جودت وشرکاسی

ادارەخانەسی

درسعادتده سلطان بایزیدده حکاکلر چارشوسنده

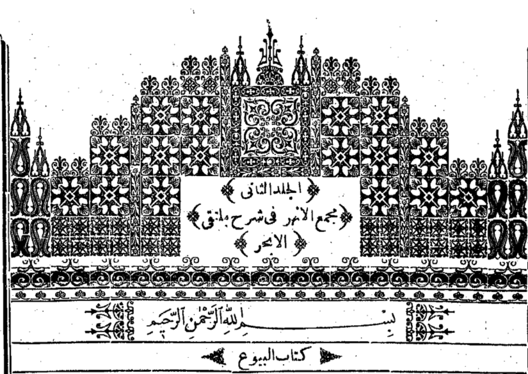
۲ ـ ٤ نومرولی اداره خانه

طشرەده بولنان شعبەلری

بروسەدەکاغدجی باشی اسماعیل حقی وحسین حلمی افندیلر. طربزونده حاجی موسی کاظم افندی ، ریزەده حاجی حسین حلمی افندی ، ارضرومده کتابجی محمد طاهر افندی ، صامسونده کوبجی زادەحاجی عبدالله افندی، سیواسده علی فهمی افندی، اطنەدەعلی وهبی افندی، کرەسونده نفس زاده احمدافندی، قونیەده مصطفی رشدی افندی ، انطاکیەده دخانی زادەحاجی علی افندی ، اسکیشهرده کتابجی حاجی حافظ احمدافندی، اونیەدەحاجی محمدافندی، اطنەده بخارالی حاجی مصطفی افندی، عشاقدە آقسکیلی احمدفندی، قزاندەابراهیم ادریس ومحمد علی وعلی اصغر افندیلر ، سلانیکده حسن واصف افندی یکیشهرده کتابجی علی افندی؛ کنغریده بلبق زادەاسماعیل وحافظ احمدافندیلر؛

معارف نظارت جلیلەسنك (۳۹۹) نومرولی سنه ۳۱٤ تموز ۳۰ تاریخلی رخصتنامەسیله شرکت صحافیۀ عثمانیه مطبعەسنده طبع اولنمشدر

۱۳۱۹



بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

وجه المناسبة بينه وبين ماقبله ان ماقبله ازالة الملك لا الى مالك وفيه اليه فنزل الوقف في ذلك منزلة البسيط من المركب والبسيط مقدم على المركب في الوجود فقدمه في التعليم* وهي جمع بيع بمعنى كضرب الامير والمبيعات اصناف مختلفة واجناس متفاوتة* او جمع المصدر لاختلاف انواعه * اما باعتبار المبيع لانه اما بيع سلعة بسلعة ويسمى مقايضة او بالثمن وهو البيع المشهور او بيع ثمن بثمن وهو الصرف او دين بثمن وهو السلم* واما باعتبار الثمن لان الثمن الاول ان لم يعتبر يسمى مساومة او اعتبر مع زيادة فهو المرابحة او بدونها فهو التولية او مع النقص فهو الوضيعة * او اريد به الحاصل بالمصدر كعلوم في جمع علم* وهو من الاضداد يقال على الاخراج عن الملك والادخال فيه* قال صلى الله تعالى عليه وسلم لا يخطب الرجل على خطبة اخيه ولا يبيع على بيع اخيه اي لا يشتري على شراء اخيه لان المنهي عنه هو الشراء لا البيع ويقع غالبا على اخراج المبيع عن الملك قصدا* ويتعدى الى المفعول الثاني بنفسه وبالحرف نحو باعه الشيء وباعه منه* وربما دخلت اللام فيقال بعت الشيء وبعت لك فهي زائدة* وابتاع زيد الدار بمعنى اشتراها وباع عليه القاضي اي من غير رضاه* وكذا الشراء قال الله تعالى «وشروه بثمن بخس» اي باعوه* ويقع غالبا على اخراج الثمن عن الملك قصدا* ثم البيع لا ينعقد الا بصدور ركنه من اهله مضافا الى محل قابل لحكمه كسائر العقود* وهذا كما في الحسيات فانه يحتاج في ايجاد السرير الى النجار وهو مثل العاقد في مسئلتنا والى الآلة وهو مثل قوله بعت واشتريت والى النحر وهو مثل اخراج هذا القول على سبيل الانشاء والى المحل وهو المبيع* وهذا معنى قول اهل الحكمة ان العلة على اربعة اقسام* آلية كالفأس ومحلية كالخشب وفاعلية كالنجار وحالية كالنحر* وعلى هذا يخرج مسائل البيوع وغيرها من العقود عند دخول المفسد من حيث الاهل ومن حيث المحل او غيره فان بذلك يختلف الامر فان العقد لا ينعقد اصلا اذا لم يكن العاقد اهلا وينعقد موقوفا عند توقف الاهلية* وكذا لا ينعقد عند فوات المحل* ومشروعية البيع بقوله تعالى «واحل الله البيع» وبالسنة وهي كثيرة وباجماع الامة وبالمعقول (البيع) في الشرع (مبادلة مال بمال) لم يقل بالتراضي ليتناول بيع المكروه فانه منعقد وان لم يلزم* وقال يعقوب

باشا وغيره وينبغى ان يزاد قيد * بطريق الاكتساب كما وقع فى الكتب لاخراج مبادلة
رجلين مالهما بطريق الهبة بشرط العوض فانه ليس ببيع ابتداء وان كان فى حكمه بقاء اه
وفيه كلام لان قوله ليس ببيع ابتداء يقتضى ان تكون الهبة بشرط العوض فى ابتداء العقد
تبرعا محضا لا مبادلة فخرج بقوله مبادلة فلا حاجة الى هذا القيد * وكذا لا حاجة الى قيد
على وجه التمليك كما قيل لانه يفهم من المبادلة ايضا (وينعقد) البيع اى يحصل شرعا (بايجاب)
هو كلام اول من يتكلم من المتعاقدين حال انشاء البيع * سمى بالايجاب مبالغة لكونه موجبا اى
اى مثبتا للآخر خيار القبول (وقبول) اى من ايجاب وقبول او بسببهما وهو كلام ثانى من يتكلم
منهما فى تلك الحال * فعلم ان هذين اللفظين من اركانه فمن الظن انهما خارجان من حقيقة
البيع * وينبغى ان يكون الواو بمعنى الفاء فانهما لو كانا معا لم ينعقد * والاطلاق شامل لانواعه
الاربعة الجائز والفاسد والموقوف والباطل كما فى القهستانى * وفيه اشارة الى انه لا ينعقد
بالوكيل من الجانبين الا فى الاب فانه يتولى الطرفين فى مال الصغير * وفى الخانية الواحد
لا يتولى العقد من الجانبين الا فى مسائل منها الاب اذا اشترى مال ولده الصغير لنفسه او باع
ماله من ولده فانه يكتفى بلفظ واحد * وقال خواهر زاده هذا اذا اتى بلفظ يكون اصلا فى ذلك
اللفظ بان باع ماله فقال بعت هذا من ولدى فانه يكتفى بقوله بعت * اما اذا اتى بلفظ لا يكون هو
اصلا فى اللفظ بان اراد ان يبيع ماله من ولده فقال اشتريت هذا المال لولدى لا يكتفى بقوله اشتريت
ويحتاج الى قوله بعت ومنها الوصى اذا باع ماله من اليتيم او يشترى مال اليتيم لنفسه وكان ذلك
خير اليتيم * ومنها الوصى اذا اشترى مال اليتيم للقاضى بامر القاضى * ومنها العبد يشترى لنفسه
من مولاه بامره * واما القاضى فانه لا يعقد لنفسه لان فعله قضاء وقضاؤه لنفسه بطل فلا يملك كما
لا يملك تزويج اليتيمة من نفسه (بلفظ الماضى كبعت واشتريت) لانه انشاء والشرع قد اعتبر
الاخبار انشاء فى جميع العقود فينعقد به ولان الماضى ايجاب وقطع والمستقبل عدة او امر
او توكيل فلهذا انعقد بالماضى وفى القنية ينعقد بلفظين مستقبلين ثم قال لا ينعقد
وبين التوفيق بين القولين بانه ان اراد بالمضارع الحال ينعقد وان اراد به الاستقبال والوعد
لا لان المضارع يحتمل الحال والاستقبال * وفى التحفة باللفظين الماضيين ينعقد بدون النية
واما بصيغة المستقبل لا الا بالنية قال صاحب القنية وهذا الفقه وهو ان الشرع جعل
الايجاب والقبول علامة الرضى والاخبار عن الحال ادل على الرضى وقت العقد من الماضى
فقول الهداية ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل محله ما اذا خلا عن النية او مراده
المستقبل المصدر بالسين او سوف فانه لا يحتمل غيره فلا يرد على كلام الهداية شئ كما فى المنح *
وفصل المولى سعدى افندى فى هذا المحل فى حاشيته فليطالع * وفى المحيط سماع المتعاقدين
الايجاب والقبول شرط الانعقاد * ولو سمع اهل المجلس وقال البائع لم اسمعه ولم يكن به
وقر لم يصدق (وما دل على معناهما) اى معنى الايجاب والقبول كقول البائع اعطيت
او بذلت او رضيت او جعلت لك هذا بكذا فانه فى معنى بعت والمشترى اخترت او قبلت
او فعلت او اجزت او اخذت وقد يقوم القبض مقام القبول كما لو قال بعتك هذا بدرهم

فقبضه المشترى ولم يقل شيئا ينعقد البيع * كما فى الخانية (و) ينعقد ايضا (بالتعاطى) لان جوازه باعتبار الرضى وقد وجد * وحقيقته وضع الثمن واخذ المثمن عن تراض منهما فى المجلس كما قالوا * وهو يفيد انه لابد من الاعطاء من الجانبين وعليه الاكثر كما ذكره الطرسوسى وافتى به الحلوانى * وفى البزازية انه المختار لكن فى التنوير واما الفعل بالتعاطى ولو من احد الجانبين على الاصح اذا لم يصرح مع التعاطى بعدم الرضى وفى البحر هكذا صححه الكمال وفى الفتح * ونص محمد على ان بيع التعاطى يثبت بقبض احد البدلين * وهذا ينتظم المبيع والثمن * وفى القاموس وغيره التعاطى التناول * وهو انما يقتضى الاعطاء من جانب والاخذ من جانب لا الاعطاء من الجانبين كما فهم الطرسوسى * وفى الكركى وبه يفتى واكتفى الكرمانى بتسليم المبيع مع بيان الثمن * اما اذا دفع الثمن ولم يقبض المبيع فلا يجوز (فى النفيس) كالعبيد والجواهر (والخسيس) كاللحم والخبز (هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخى فانه قال انما ينعقد بالخسيس دون النفيس (ولو قال خذه بكذا فقال اخذت اورضيت صح) لان قوله خذه امر بالاخذ بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع فكانه قال بعته منك به فخذه فقدر البيع اقتضاء فيثبت باعتباره * وفرق فى الولوالجية فى القبول بنعم بين ان يبدأ البائع بالايجاب او المشترى * فان بدأ البائع فقال بعت عبدى هذا بالف فقال المشترى نعم لم ينعقد لانه ليس بتحقيق وان بدأ المشترى فقال لآخر اشتريت عبدك هذا بالف وقال الآخر نعم صح البيع لانه جواب (واذا اوجب احدهما) اى احد المتعاقدين (فللآخر ان يقبل كل المبيع بكل الثمن فى المجلس) اى فى مجلس الايجاب * اعم من ان يكون بالخطاب او بالرسول كما اذا قال لرسوله قل لفلان بعت عبدى منه بكذا فذهب الرسول فاخبره فقال المشترى فى مجلسه ذلك اشتريت او بالكتاب لان كلا منهما سفير فمجلسه كمجلس العقد بالخطاب فلو قال بعت منه فبلغه يا فلان فبلغه هو او رجل آخر جاز بخلاف ما لم يقل بلغه فبلغه فقبل لا يجوز لان شطر العقد فى البيع لا يتوقف على قبول غائب اتفاقا كما فى النكاح على الاظهر عند الطرفين * وفى الزاهدى لو قال بعت من فلان الغائب فحضر الغائب فى المجلس فقال اشتريت صح (او يترك) كل المبيع يعنى اذا قال البائع بعتك هذا بكذا فالآخر بالخيار ان شاء قبله وان شاء رد لانه مخير غير مجبر فيختار ايهما شاء * وهذا خيار القبول فيمتد الى آخر المجلس للحاجة الى التفكر والتروى والمجلس جامع للمتفرقات فاعتبر ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر * وعند الشافعى لا يمتد بل هو على الفور (لا) يقبل الآخر بائعا كان او مشتريا (بعضا دون بعض) اى ليس له ان يقبل كل المبيع ببعض الثمن او بعضه بكله او ببعضه لانه تفريق للصفقة وانه ضرر بالبائع * فان من عادة التجار ضم الردى الى الجيد فى البيع لترويج الردى * فلو صح التفريق يزول الجيد عن ملكه ويبقى الردى فيتضرر بذلك * وكذلك المشترى يرغب فى الجميع فاذا فرق البائع الصفقة عليه يتضرر * الا ان يرضى الآخر بذلك فى المجلس بعد قبوله فى البعض ويكون المبيع مما ينقسم عليه الثمن

(بالاجزاء)

بالاجزاء كعبد واحد اومكيلا اوموزونا * فاما مالا ينقسم الا بالقيمة كثوبين اوعبدين فلا يجوز وان قبل الآخر (الا اذابين ثمن كل) ع قبل الآخر ومما ترك لان ذلك دليل على رضاه بالتفريق ولان الايجاب ح فى معنى ايجابات متعددة * اما اذا كرر فى البيان لفظ البيع بان قال « بعتك هذين بدرهمين بعت هذا بدرهم وبعت هذا بدرهم » يجوز اتفاقا واما اذا لم يكرر بان قال « بعتك هذين بدرهمين كل واحد بدرهم » فيجوز عندهما خلافا للامام بناء على ان البيع يتكرر بتكرر لفظ بعت عنده وبتفصيل الثمن عندهما كما فى اكثر المعتبرات « فعلى هذا ينبغى للمص ان يذكر الخلاف كما هو دأبه تدبر (وان رجع للموجب) سواء كان بائعا او مشتريا (اوقام احدهما) يعنى لوكانا قاعدين فقام احدهما (من المجلس قبل القبول) ظرف لرجع وقام على سبيل التنازع (بطل الايجاب) اما الاول فلان المانع الرجوع لزوم ابطال حق الغير وهو منتف ههنا لان الايجاب لايفيد الحكم بدون القبول * فان قيل ان كان الموجب المشترى ففى رجوعه ابطال حق البائع وهو تملكه الثمن وان كان البائع ففى رجوعه ابطال حق المشترى وهو تملكه المبيع * اجيب بان الحق للموجب لانه اثبت ولاية التملك للآخر وبان حق التملك لايعارض حقيقة الملك للبائع لكونها اقوى منه * واما الثانى فلان القيام دليل الاعراض والرجوع ولهما ذلك قبل القبول * فان قيل الصريح اقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت ينبغى ان لايثبت الرجوع * اجيب بان الايجاب بطل بما يدل على الاعراض فلا يؤثر التصريح بعده * وفى الفتح « وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما اذا تبايعا وهما يمشيان اويسيران ولوكانا على دابة واحدة فاجاب الآخر لايصح لاختلاف المجلس فى ظاهر الرواية * واختار غير واحد كالطحاوى وغيره انه ان اجاب على فور كلامه متصلا جاز * وفى الخلاصة من النوازل « اذا اجاب بعد ما مشى خطوة اوخطوتين جاز » ولاشبهة انهما اذا كانا يمشيان متصلا لايقع الايجاب الا فى مكان آخر بلا شبهة * وقال صدر الشهيد لايصح فى ظاهر الرواية « ولوكان المخاطب فى صلاة فريضة ففرغ منها واجاب صح * وكذا فى نافلة فضم الى ركعة الايجاب اخرى ثم قبل * بخلاف مالو اكملها اربعا * ولوكان فى يده كوز فشرب ثم اجاب جاز * وكذا لو اكل لقمة لايتبدل المجلس الا اذا اشتغل بالاكل * ولو ناما جالسين لايختلف بخلاف ما لو ناما مضطجعين اواحدهما * وان كانا قائمين واقفين فسارا اواحدهما بطل الايجاب * وكذا اولم يقم ولكن يتشاغل فى المجلس بشئ غير البيع بطل الايجاب » كما فى اكثر المعتبرات * فعلى هذا ان ما فى الايضاح من انه « اوقام ايهما لم ينقل من مجلسه لان الايجاب يبطل بمجرد القيام وان لم يذهب عن المجلس لدلالته على الاعراض » فيه كلام لوجود دليل الاعراض بدون القيام * والمراد بذكر القيام تبدل مجلس الايجاب مطلقا تدبر * وفى الجوهرة « فان كان قائما فقعد ثم قبل فانه يصح لانه بالقعود لم يكن معرضا « وفى القنية رجل فى البيت فقال للذى فى السطح بعته منك بكذا فقال اشتريت صح اذا كان كل واحد منهما يرى صاحبه ولا يلتبس الكلام للعبد * وكذا اذا

تعاقدا وبينهما النهر* والسفينة كالبيت (واذا وجد الايجاب والقبول) من المتعاقدين (لزم البيع) وفيه اشارة الى ان البيع يتم بهما ولا يحتاج الى القبض ولا الى اجازة البائع بعدهما وهو الصحيح (بلا خيار مجلس) الا من عيب او عدم رؤية * وقال الشافعي * لا يلزم به بل لهما خيار المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم «المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا» فان التفرق عرض فيقوم بالجوهر وهو الابدان ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لاضرار في الاسلام وفي اثبات الخيار لاحدهما اضرار للآخر فلا يثبت* والخيار فيما رواه محمول على خيار القبول وتفرقهما محمول على التفرق بالاقوال بان قال احدهما بعت وقال الآخر لا اشتري لما جاء في رواية عن النبي عليه السلام المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا عن بيعهما وهذا لان الاحوال ثلثة قسم لم يوجد فيه ركن ما وهي حالة الهيئة *وقسم وجد فيه ركناه* وقسم وجد فيه احدهما دون الآخر* فنقول هذا الاسم وهو كونهما متبائعين قبل صدور الركنين وبعده بطريق المجاز باعتبار ما يؤل في الاول وباعتبار ما كان في الثاني وفيما اذا وجد احدهما دون الآخر بطريق الحقيقة فيكون مرادا او يحتمل ان يكون مرادا فيحمل عليه* والفرق بينهما ان احدهما مراد والآخر محتمل الارادة وتمامه في العناية فليطالع (ويصح) البيع (في ٢العوض المشار اليه) مبيعا كان او ثمنا فان كلا منهما عوض عن الآخر والحكم المذكور مشترك بينهما ولذلك قال في العوض ولم يقل في الثمن كما في الايضاح* وقال سعدي افندي وتقرير صدر الشريعة صريح في ان المراد بالاعواض الاثمان فتأمل في الترجيح (بلا معرفة قدره ووصفه) لان الاشارة اقوى اسباب التعريف* وجهالة القدر والوصف معها لا تفضي الى المنازعة * فلا تمنع الجواز لان العوضين حاضران *والاموال الربوية مستثناة من هذا الحكم * فان بيع الحنطة بجنسها مثلا لا يجوز بالاشارة لاحتمال الربوا * وكذا السلم فان معرفة قدر رأس المال شرط عند الامام اذا كان فيما يتعلق العقد على مقداره كما سيأتي ان شاء الله (لا) يصح البيع (في غيره) اي في غير المشار اليه بلا معرفة قدره كعشرة ونحوها او صفته ككونه مصريا او دمشقيا لان جهالتهما تفضي الى النزاع المانع من التسليم والتسلم فيعرى العقد عن الحق * وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا فيما يحتاج التسليم *وفيما لا يحتاج اليه كما اذا اقر لفلان بمتاع عنده فاشتراه منه ولم يعرف مقداره جاز كما في الزاهدي (و) يصح البيع (بثمن حال ومؤجل) لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع (باجل معلوم) معناه اذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر لانه لو بيع بجنسه وجمعهما قدر لم يجز تأجيله كما في المنح* قيد بمعلوم لان جهالة الاجل تفضي الى المنازعة فالبائع يطالب في مدة قريبة والمشتري يأباها فيفسد فان اختلفا في اجل فالقول قول من نفيه* وكذا لو اختلفا في قدره فالقول لمدعي الاقل* والبينة بينة المشتري في الوجهين وان اتفقا على قدره واختلفا في مضيه فالقول للمشتري انه لم يمض والبينة بينته ايضا كما في الجوهرة وقيد بالثمن لان المبيع اذا كان عينا لا يصح الاجل فان شرط فيه الاجل فالبيع فاسد لان التأجيل في اعيان لا يصح* وفي المنح لو باع مؤجلا انصرف الى شهر لانه المعهود في الشرع في السلم

٢ والتسمية بالعوض قبل العقد وان لم يصر عوضا قبله باعتبار المآل منه

واليمين فى ليقضين دينه مؤجلا وفى شرح المجمع اومات البائع لا يبطل الاجل* ولومات المشترى حل المال فان فائدة التأجيل ان يتجر فيؤدى الثمن من نماء المال* فاذا مات من له الاجل يتعين المتروك لقضاء الدين فلا يفيد التأجيل (ولو اشترى باجل سنة) غير معينة (فمنع البائع المبيع) ولم يسلمه (حتى مضت) السنة (ثم سلم) المبيع (فله) اى فللمشترى (اجل سنة اخرى) عند الامام لان التأجيل للتصرف فى المبيع وايفاء الثمن بواسطته وكان الى سنة مجهولا على سنة مبدأها قبض المبيع عرفا محصلا لفائدة التأجيل (خلافا لهما) فان عندهما الاجل له بعد سنة لانه اجله سنة وقد مضت فصار كما لو قال الى ٣رمضان* وفى البحر عليه الف ثمن جعله الطالب نجوما ان اخل بنجم حل الباقى فالامر كما شرطا (وان اطلق الثمن) والمراد من الاطلاق ان يكون مطلقا عن قيد البلد وعن قيد وصف الثمن بعد ان سمى قدره بان قال بعته بعشرة دراهم مثلا (فان استوت مالية النقود) بان لا يكون بعضها افضل من بعض مع تفاوت انواعها (ورواجها صح البيع (ولزم ما قدر) من عشرة وغيره (من اى نوع كان) اى من الاحادى او الثنائى او الثلاثى لان الواحد من النوع الاول والاثنين من الثانى والثلث من الثالث متساويات فى المالية والرواج فالمشترى يعطى اى نوع يريد اذ٤ لا نزاع عند عدم تفاوت المالية وهو المانع فى الجواز (وان اختلف رواجا فمن الاروج) اى اروج النقود فى البلد اذ المتعارف بين الناس المعاملة بالنقد الغالب فالتعيين بالعرف كالتعيين بالنص فيعتبر مكان العقد فلو باع شيئا من رجل بصرة بكذا من الدنانير فلم ينقد الثمن حتى وجد المشترى ببخارى يجب عليه الثمن بعيار بصرة كما فى الخزانة (وان استوى رواجها لا ماليتها) بان يكون بعضها افضل من بعض (فسد) البيع للجهالة المفضية الى النزاع (ما لم يبين) انه من اى نوع فاذا بين تندفع الجهالة المانعة من التسليم فيصح فالحاصل ان المسئلة رباعية لانها اما ان تستوى فى الرواج والمالية معا او تختلف فيهما او تستوى فى احدهما* والفساد فى صورة واحدة وهى الاستواء فى الرواج والاختلاف فى المالية* والصحة فى ثلث صور فيما اذا كانت مختلفة فى الرواج والمالية فينصرف الى الاروج وفيما اذا كانت مختلفة فى الرواج مستوية فى المالية فينصرف الى الاروج ايضا وفيما اذا استوت فيهما* وانما الاختلاف فى الاسم كالمصرى والدمشقى فيخير المشترى فى دفع ايهما شاء كما فى المنح (ويصح) البيع (فى الطعام) وهو الحنطة ودقيقها وكذا سائر الحبوب كالعدس والحمص وغيرهما* وقال بعض المشايخ ما يقع فى العرف على ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوى ونحوه* قال صدر الشهيد وعليه الفتوى (وكل مكيل وموزون كيلا) فى الكيلى (ووزنا) فى الوزنى* وما ورد الشرع بكيله فهو كيلى ابدا وما ورد بوزنه فهو وزنى ابدا وما لم يرد فيه شئ يعتبر فيه العرف (وكذا) يصح بيع الكيلى والوزنى (جزافا) وهو البيع بالحدس والظن بلا كيل ولا وزن (ان بيع بجنسه) لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما اذا بيع بجنسه مجازفة فانه لا يصح لاحتمال الربوا الا اذا كان قليلا وهو ما دون نصف الصاع لعدم المعيار الشرعى* وهو نصف الصاع (و) يصح بيع الكيلى (باناء) معين (او) بيع الوزنى بوزن

٣ ولا خصوص لرمضان انما خلاف الصاحبين فى السنة المنكرة اما المعينة فلا يبقى الاجل بعد مضيها والمراد بمنعه عدم قبض المشترى المبيع منه

٤ واما احتمال النزاع بان يطلب البائع الاحادى مثلا لانه اهون للضبط او يطلب الثنائى او الثلاثى لمصلحة رآها ويسلم المطلوب خلاف ما طلبه فلا يعتبر تحريا للصحة وعدم التضرر من جهة المالية بل يجبر الطالب باخذ ما دفعه المطلوب منه

(بحجر معين) كل منهما (لا يدرى قدره) اذ لم يحتمل الاناء النقصان والحجر التفتت كان يكون من حشب او حديد * فان احتملهما لم يجز * وكذا اذا باعه بوزن شئ يخف اذا جف كالخيار والبطيخ لان الجهالة فيه لاتفضى الى المنازعة لان البيع يوجب التسليم فى الحال وهلاكه قبل التسليم نادر * وبه اندفع ما رواه حسن من عدم الجواز للجهالة كما فى المنح وغيره * لكن التعليل يقتضى البيع حالا فلا يتصور التفتت والجفاف فى الحال فينبغى ان يجوز مطلقا سواء احتمل التفتت والجفاف او لا الا فى السلم لان التسليم فيه متأخر الى حلول الاجل فيحتملهما فيحتاج الى ان يحمل عليه تأمول * وفى التبيين هذا اذا كان الاناء لا ينكبس بالكبس ولا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة والخزف واما اذا كان ينكبس كالزنبيل والقفة فلا يجوز الا فى قرب الماء استحسانا للتعامل فيه روى ذلك عن ابى يوسف (ومن باع صبرة) وهى بالضم ما جمع من الطعام (كل صاع) بدل من صبرة (بدرهم صح فى صاع) واحد (فقط) عند الامام لان ما سماه وهو الصاع الواحد معلوم القدر والثمن فيجوز البيع فيه وما رواه مجهول القدر والثمن فلا يجوز فيه (الا ان يسمى جملتها) اى جملة صيعانها فى العقد بان قال بعتك هذه الصبرة على انها مائة صاع بمائة درهم فيصح فى جملتها لارتفاع الجهالة (وللمشترى الفسخ بالخيار وان) وصلية (كيل) مجهول كال (او سمى) مجهول سمى (جملتها) اى جملة الصيعان (فى المجلس بعد ذلك) اى بعد البيع ظرف لكيل وسمى على طريق التنازع وفى اطلاقه يشعر بان الخيار ثابت له مطلقا اما فى كيلها او تسميتها فى المجلس فلان الثمن كان مجهول المقدار فى ابتداء بيع الصبرة وكان يحتمل ان يكون الثمن فى ظنه اقل من الذى ظهر فلما انكشف الحال بكيلها او تسميتها ثبت له الخيار واما فى عدم كيلها وعدم تسميتها فلان الصفقة تفرقت على المشترى لانه اشترى صبرة وانعقد البيع فى قفيز كما فى شرح المجمع (ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم لا يصح) البيع (فى شئ منها) اى من القطيع عند الامام لانه ينصرف الى الواحد والواحدة منها متفاوتة فلا يصح البيع فى واحد منها بخلاف مسئلة الصبرة (وكذا) لا يصح البيع (لو باع ثوبا كل ذراع بدرهم) عند الامام لما مر * اطلق الثوب تبعا لما فى اكثر المتون وقيده العتابى بثوب يضره التبعيض * اما فى الكرباس فينبغى ان يجوز عنده فى ذراع واحد كما فى الطعام لان التبعيض لا يضره كما فى الغاية لكن الحكمة تراعى والجنس لا فى كل فرد فاذا وجد التفاوت فى جنس الثوب اعتبر الحكم فى الكل تدبر * وفى المنح نقلا عن القنية اشترى ذراعا من خشبة او ثوب من جانب معلوم لا يجوز ولو قطعه وسلمه لم يجز ايضا الا ان يقبل وعن ابى يوسف جوازه وعن محمد فساده * ولكن لو قطع وسلم فليس للمشترى الامتناع * وعلى هذا لو باع غصنا من شجرة من موضع معلوم حتى لو اشترى الاوراق باغصانها وكان موضع قطعها معلوما ومضى وقتها فليس المشترى ان يسترد الثمن (وكذا) لا يصح (كل معدود متفاوت) كالبقر والابل والعبيدة والبطيخ والرمان والسفرجل لما ذكرنا بخلاف المتقارب كالجوز لعدم التفاوت (وعندهما) والائمة الثلاثة (يصح فى الكل) اى فى كل المبيع (فى جميع ذلك) المذكور من الصبرة والقطيع والثوب والمعدود المتفاوت لان زوال الجهالة بيدهما فلا

(تفضى)

تفضى الى المنازعة لانها تزول بالكيل والعدو الذرع ومثل ذلك لايعد مانعا ولان قيام طريق المعرفة كقيام حقيقة المعرفة فى حق جواز البيع كما لو باع عبدا بوزن هذا الحجر ذهبا او بهذه الدراهم ولايعلم وزنها * واعلم ان المص رجح قول الامام لانه قدمه كما هو دأبه * لكن ظاهر ما فى الهداية ترجيح قولهما لتأخير دليلهما كما هو عادته * وصرح فى الخلاصة والزاهدى وغيرهما بان الفتوى على قولهما تيسيرا على الناس * قال فى البحر وقد وضعت ضابطا فقهيا لم اسبق اليه لكلمة كل بعد تصريحهم بانها الاستغراق افرادما دخلته فى المنكر واجزائه فى المعرف وهو ان الافراد ان كانت مما لايعلم نهايتها فان لم تفض الجهالة المنازعة فانها تكون على اصلها من الاستغراق كمسئلة التعليق والامر بالدفع عنه والا فان كان لايمكن معرفتها فى المجلس فهى على الواحد اتفاقا كالاجارة والاقرار والكفالة والا فان كانت الاقرار متفاوتة لم يصح فى شئ عنده كبيع قطيع كل شاة بكذا * وصح فى الكل عندهما كالصبرة والاصح البيع فى واحد عنده كالصبرة اه (وان باع صبرة على انها مائة قفيز بمائة درهم) فكيلت (فوجدت اقل) من المائة عشرة مثلا (او اكثر) من المائة فخير ان شاء (اخذ المشترى الاقل) اى التسعين (بحصته) بالكسر اى بنصيبه من المائة واسقط ثمن ما عدم لعدم ضرره من النقصان (او فسخ) البيع ان شاء بالاجماع لعدم رضائه بالاقل (والزائد للبائع) اجماعا لانه فى الكمية المنفصلة قدر واصل فلايكون للمشترى لان البيع وقع على قدر معين فلا يستحق الزيادة بل القدر المعين * ومن هنا ظهر انه ان وجد مائة قفيز يجوز البيع فى الكل بلاخيار لواحد منهما اجماعا وفيه اشارة الى ان التخيير فيما اذا لم يقبض شيئا منه فلو قبض كان بمنزلة الاستحقاق بلاخيار له كما فى الخانية (وفى المذروع) يعنى لو اشترى ثوبا على انه مائة ذراع بمائة درهم فوجد اقل فخير المشترى ان شاء (يأخذ بالاقل بكل الثمن) اى بمجموعه لان الاخذ باعطاء جميع الثمن نافع للبائع لاخذه الثمن بلانقصان مع عدم المنع من جانب الشرع لان الذرع وصف فى المذروع لكونه عبارة عن الطول ففواته لايوجب سقوط شئ من الثمن المعين (او يفسخ) اى ان شاء يفسخ لعدم انعقاد البيع حقيقة اذ لم يوجد المبيع المعين فيكون اخذه بكل الثمن على وجه التعاطى (والزائد له) اى للمشترى بالثمن بلا زيادة قضاء وليس له ديانة كما فى القهستانى (بلاخيار للبائع) لانه وجد المبيع مع زيادة وهى فى الكمية المتصلة صفة وتبع فلايقابله شئ من الثمن كما لو باعه على انه معيب فوجده سليما فالبائع لايخير بل يجبر على التسليم * وحاصله ان القلة والكثرة من حيث الكيل والوزن قدر واصل فالمكيل والموزون لايتعيبان بالتبعيض ومن حيث الذرع وصف وتبع فالمذروع يتعيب به * وفى العناية تفصيل فليراجع (وان سمى لكل) ذراع قسطا من الثمن بان قال بعتك هذا الثوب على انه مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجد المشترى اقل من القدر المسمى ان شاء (اخذ الاقل بحصته) اى بحصة الاقل من الثمن لابكل الثمن لان الذراع هنا اصل حتى بقوله كل ذراع بدرهم ونزل كله منزلة ثوب على حدة وان شاء يتركه لان البيع اذا لم يوجد تاما لايوجد العقد حقيقة فيكون اخذه على وجه

التعاطى (وكذا الزائد) اى لو وجده المشترى اكثر من القدر المسمى خير بين ان يأخذ الزيادة بحساب كل ذراع بدرهم لان البائع عنى بقوله كل ذراع بدرهم ان كل واحد من الذرعان المسماة بدرهم واحد الى غايته فلابد من رعايته هذا المعنى و بين ان يفسخ دفعا الضرر التزام الزائد * وعن هذا قال (وله) اى للمشترى (الخيار ٥ فى الوجهين) اى فى النقصان والزيادة وفيه اشارة بان ثبوت الخيار فيهما يدل على بقاء العقد الاول فيهما الافى قول للشافعى بطل البيع * وفى العناية كلام فليطالع (وصح بيع عشرة اسهم) او اقل او اكثر (من مائة سهم من دار) او غيرها بالاتفاق لان العشرة منها اسم لجزء شائع والسهم ايضا اسم اشائع لا لموضع معين و بيع الشائع جائز فيصير من له عشرة اسهم شريكا من له تسعون سهما فلا يؤدى الى المنازعة (لا) يصح (بيع عشرة اذرع من مائة ذراع منها) من الدار عند الامام لان المبيع معين قدرا ومجهول محلا لتفاوت جوانب الدار فى القيمة فصار كبيع بيت من بيوت الدار بغير تعيين* وذكر الخصاف ان الفساد عنده اذا لم يعلم جملة الذرعان واما اذا علم جملتها فيجوز عنده و الصحيح انه لا يجوز عنده مطلقا (وعندهما يصح) البيع (فيهما) اى فى الاسهم والاذرع اذا كانت الدار مائة ذراع لان عشرة اذرع من مائة ذراع منها عشرها كعشرة سهم من مائة اسهم فتخصيص الجواز باحدهما تحكم (واو باع عدلا) عدل الشئ بكسر العين مثله من جنسه فى مقداره* و منه عدل الجمل (على انه عشرة اثواب) بعشرة دراهم او اقل او اكثر (فاذا هو اقل) من المسمى (او اكثر) من المسمى (فسد البيع) فى الصورتين لعدم العلم بالثمن او معدوم المتفاوت فى الاقل فيؤدى الى النزاع وجهالة المبيع ٦ فى الاكثر لان مازاد غير معلوم فيما بين الجملة فلا يمكن الرد او قوع المنازعة والتعارض فيما بينهما فيفسد* وفى البحر لو اشترى ارضا عليها ان فيها كذا نخلا مثمرا فوجد فيها نخلة لا تثمر فسد * وفى المنح لو باع عدلا او غنما واستثنى واحدا بغير عينه فانه فاسد ولو بعينه جاز البيع (ولو فصل الثمن) بان قال بعتك هذا العدل على انه عشرة اثواب كل ثوب بدرهم (فكذا) يفسد البيع (فى الاكثر) اى فيما اذا كان احد عشر مثلا لان العقد يتناول العشرة فعلى المشترى رد الثوب الزائد وهو مجهول لاحتمال كونه جيدا او رديا ولجهالته يصير المبيع ايضا مجهولا فيفسد (ويصح) البيع (فى اقل بحصته) يعنى اذا كان تسعة مثلا لان حصة المعدوم معلومة وهو درهم لكل ثوب فتكون حصة الباقى معلومة ايضا (ويخير المشترى) ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه (وان باع ثوبا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم اخذه) اى الثوب (المشترى بعشرة) دراهم (لو)كان الثوب (عشرة ونصفا بلا خيار) لحصول النفع الخالص (و) يأخذ الثوب المشترى (بتسعة) دراهم (لو) كان الثوب (تسعة ونصفا بخيار) لفوات الوصف المرغوب فيه * وهذا عند الامام لان الذرع وصف فى الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم ٧ الى الاصل (وعند ابى يوسف يخير) المشترى (فى اخذه باحد عشر فى الاول) اى فيما اذا وجده عشرة ونصفا (و) يخير المشترى باخذه (بعشرة

٥ قالوا هذا اذا كان التفاوت بذراع * فاما اذا كان بنصف ذراع لا يعتد به لكنه مخير فى صورة النقصان وعند محمد يعتد به فيخير فى اخذه فى الصورتين و عند ابى يوسف يأخذ الناقصة بحصة الكامل منه

٦ وهذا لانه يجب رد الزائد على البائع لانه لم يدخل تحت البيع ولا يدرى اى ثوب يرد على البائع فيتنازعان فى المردود للجهالة فيفسد منه

٧ وتوضيحه ان الشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع فكان الشرط معدوما وزوال موجب كونه اصلا فعاد الحكم الى الاصل وهو الوصف وصار الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة صفة الجودة فتسلم له مجانا منه

في الثاني) اي فيما اذا وجده تسعة ونصفها لانه لما افرد كل ذراع ببدله نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص (وعند محمد يخير في اخذه في الاول) اي فيما وجده عشرة ونصفا (بعشرة ونصف وفي الثاني) اي فيما وجده تسعة ونصفا (بتسعة ونصف) لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدراهم مقابلة نصفه بنصفه * قيل هذا في ثوب يضره القطع واما الكرباس الذي لا يضره القطع ولا يتفاوت جوانبه فلا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط

فصل

فيما يدخل في البيع تبعا بغير تسمية وما لا يدخل * والاصل ان كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا او كان متصلا بالمبيع اتصال قرار او كان من حقوق المبيع ومرافقه يدخل في المبيع بلا ذكر صريح * ونعني بالقرار الحال الثاني على معنى ان ما وضع لان يفصله البشر بالاخرة ليس باتصال قرار وما وضع لا لان يفصله منه فهو اتصال قرار * ثم فرع على هذا الاصل فقال (يدخل البناء والمفاتيح في بيع الدار بلا ذكر) لان البناء متصل بالارض اتصال قرار فيدخل في المبيع تبعا * وكذا مفتاح غلق متصل بباب الدار * بخلاف المنفصل وهو القفل فانه ومفتاحه لا يدخلان * والبناء في الاصل بمعنى المبني ويدخل فيه الباب والسلم ولو من خشب ان كان متصلا به بخلاف المنفصل * والسرير كالسلم * وفي التبيين * وفي عرف اهل مصر ينبغي ان يدخل السلم وان كان منفصلا * لان بيوتهم طبقات لا ينتفع بها بدونه * وفي المنح ويدخل الحجر الاسفل من الرحى * وكذا الاعلى استحسانا اذا كانت مركبة في الدار لا المنقولة وفي الخانية لو اشترى بيت الرحى بكل حق هو له او بكل قليل او كثير هو فيه ذكر محمد في الشروط ان له الحجر الاعلى والاسفل * وكذا لو كان فيه قدر نحاس موصولا بالارض * وقيل الاعلى لا يدخل في البيع ولو اشترى دارا يدخل الاشجار في صحنها والبستان فيها صغيرا او كبيرا وان كان خارج الدار لا يدخل وان كان له باب في الدار وقيل ان كان اصغر من الدار ومفتحه فيها يدخل وان اكبر او مثلها لا * وكذا تدخل البئر الكائنة في الدار والبكرة على البئر * ولا يدخل الدلو والحبل المعلقات عليها الا اذا قال بمرافقها وفي التبيين وثياب الغلام والجارية يدخل في البيع الا ان يكون ثيابا مرتفقة اذ العرف فيهما جار على ثياب البذلة * ثم البائع بالخيار ان شاء اعطى الذي عليه وان شاء اعطى غيره * وخطام البعير والحبل المشدود في عنق الحمار والحزام والبردعة والاكاف يدخل للعرف بخلاف سرج الدابة ولجامها والحبل المشدود على قرن البقر والجل وفصيل الناقة وفلو الرمكة وجحش الاتان والمحمول والحملان ان ذهب به مع الام الى موضع البيع دخل فيه للعرف والا فلا (وكذا) يدخل (الشجر في بيع الارض) بلا ذكر مثمرة كانت الاشجار او لا على الاصح اذا كانت موضوعة في الارض للقرار فتدخل تبعا صغيرة كانت او كبيرة الا اليابسة فانها على شرف القلع فهي كالحطب الموضوع * وقيدنا بكونها موضوعة في الارض لانه لو كانت فيها اشجار صغار تحول في فصل الربيع وتباع فانها ان كانت تقلع من اصلها تدخل في البيع وتكون للمشتري وان كانت تقطع من وجه الارض فهي للبائع الا بالشرط * وفي البحر باع ارضا فيها قطن لم يدخل الثمر واما اصله فمنهم من قال

لايدخل على الصحيح * واما الكراث وما كان مثله فما كان على ظاهر الارض لايدخل وما كان مغيبا فى الارض من اصوله اختلفوا فيه والصحيح انه يدخل وفى الكركى والاصل ان ما كان لقطعه مدة معلومة فهو كالثمر فلا يدخل وما ليس لقطعه مدة معلومة يدخل كالشجر * وشجرة الخلاف للمشترى * وكذا كل ما كان له ساق ولا يقطع اصله حتى كان شجرا * واصل الآس والزعفران للبائع * والقصب فى الارض كالثمر * واما عروقها فتدخل فى البيع * وقوائم الخلاف والباذنجان تدخل فى البيع ذكره السرخسى * والامام الفضلى جعل قوائم الخلاف كالثمر بلغ اولا انقطع اولا وبه يفتى (ولو اطلق شراء شجرة) اى لم يعين بان شراءها للقطع او للقرار (دخل مكانها) اى مكان الشجرة من الارض بمقدار غلظها فى البيع (عند محمد وهو المختار) لتضمنه القرار * اذ الشجر اسم للمستقر على الارض ولا قرار بدونها فيتقدر بقدرها كما لو اقر بالشجرة لفلان تدخل ارضها وكما لو اقتسمها * وقيل يتقدر بقدر ساقها وقيل بقدر ظلها عند الزوال وقيل بقدر عروقها العظام * هذا اذا لم يعين قدرا فان عين يدخل المعين (خلافا لابى يوسف) فانه قال دخل عينها لا غير كما فى الشراء للقطع اذ الارض اصل والشجر تبع فلو دخلت الارض يصير الاصل تبعا * قيد بالاطلاق لانه لو اشتراها للقطع لا تدخل الارض اتفاقا وان اشتراها للقرار دخلت ما تحت الشجرة من الارض بقدر غلظها دون ما تنتهى اليه العروق اتفاقا (ولا يدخل الزرع فى بيع الارض) بلا ذكر بالاجماع لانه متصل به للفصل فاشبه المتاع الموضوع فى البيت (ولا) يدخل (الثمر فى بيع الشجر الا باشتراطه) اى اشتراط المشترى دخول الزرع فى بيع الارض ودخول الثمر فى بيع الشجر لقوله عليه السلام من باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع اى يقول المشترى اشتريت مع زرعه او مع ثمره فيدخل والا فلا ٧ مطلقا وعند الائمة لو كانت مؤبدة تدخل والا فلا (وان) وصلية (ذكر الحقوق والمرافق) لانهما ترجع الى مثل المسيل والشرب والطريق لا الى الزرع والثمر * فلو قال بعتكها بكل قليل وكثير هو له فيها او منها من حقوقها او من مرافقها لا يدخل وان لم يقل من حقوقها ومرافقها دخل اتفاقا لانه ح من المبيع بخلاف الثمر المجذوذ او الزرع المحصود حيث لا يدخل الا بالتنصيص عليه (ويقال للبائع) على تقدير عدم الدخول (اقلعه) اى الزرع (واقطعها) اى الثمر وتأنيث الضمير لما ان الاسم الذى يفرق بينه وبين واحده التاء يذكر ويؤنث (وسلم المبيع) فان التسليم لازم عليه وذلك لا يكون الا بالتخلية * وعند الائمة الثلثة للبائع تركها حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع وكذا لا يدخل فى بيع الارض (حب بذر) ماض مجهول صفة حب (ولم ينبت بعد) او نبت وصار له قيمة وتعرف قيمته بتقوم الارض مبذورة وغيرها فان كانت قيمتها مبذورة اكثر علم انه صار متقوما (وان نبت) البذر (ولم يصر له قيمة) بعد (دخل) فى البيع (وقيل لا يدخل * وفى البحر وصرح فى التجنيس بان الصواب الدخول كما نص عليه القدورى والاسبيجابى وفصل فى الذخيرة فى غير النابت بين ما اذا لم يعفن اولا فان عفن فهو للمشترى

٨ قوله مطلقا اى سواء بيع الشجر مع الارض او وحده كان له قيمة اولا * وصحح فى الهداية هنا اطلاق عدم الدخول ويكون للبائع فى الحالين لان بيعه يجوز فى اصح الروايتين فلا يدخل فى بيع الشجر من غير ذكر كما فى المنح منه

لان العفن لايجوز بيعه على الانفراد نصار كجزء من اجزاء الارض * وصحح فى السراج عدم الدخول الا بالذكر * وصحح فى المحيط دخول الزرع قبل النبات * فالحاصل ان المصحح عدم الدخول ولو لم يكن له قيمة الا قبل النبات فالصواب دخول مالا قيمة له فاختلف الترجيح فيما لا قيمة له * وعلى هذا الخلاف الثمر الذى لا قيمة له (ومن باع ثمرة له بدا صلاحها اولم يبد) من البدو بالضمتين والتشديد الظهور (صح) لانه مال متقوم امالكونه منتفعا به فى الحال او فى المآل وقيل لا يجوز قبل بدو الصلاح وهو قول الائمة الثلثة * وانما قيد بدو صلاحها لان بيعها قبل البدو لايصح اتفاقا * وقبل بدو الصلاح بشرط القطع فى المنتفع به صحيح اتفاقا * وبعد ماتناهت صحيح اتفاقا اذا اطلق * واما بشرط الترك ففيه اختلاف سيأتى * فصار محل الخلاف البيع بعد الظهور قبل بدو الصلاح مطلقا اى بلا شرط القطع ولا بشرط الترك فعند الائمة الثلثة لايجوز وعندنا يجوز * ولكن اختلفوا فيما اذا كان غير منتفع به الآن اكلا او علفا للدواب فقيل بعدم الجواز ونسبه قاضيخان لعامة مشايخنا والصحيح الجواز * كما فى البحر * فى الفتح والحيلة فى جوازه باتفاق المشايخ ان يبيع الكمثرى اول ماتخرج مع الاوراق فيجوز فيها تبعا للاوراق كأنه ورق كله وان كان بحيث ينتفع به ولو علفا للدواب فالبيع جائز باتفاق اهل المذهب اذا باع بشرط القطع او مطلقا وفى الشمنى وانما الخلاف فى تفسير بدو صلاحها فعندنا مافى المبسوط هو ان يأمن فيه العاهة والفساد وعلى مافى الخلاصة عن التجريد ان يكون منتفعا به * وعند الشافعى هو ظهور النضج ومبادى الحلاوة (ويقطعها المشترى للحال) تفريغا لملك البائع واجرة القطع على المشترى (وان شرط تركها) اى الثمرة (على الشجر) حتى تدرك (فسد) البيع لانه شرط لايقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير اولانه صفقة لانه اجارة فى بيع ان كانت للمنفعة حصة من الثمن او اعارة فى بيع ان لم تكن لها حصة من الثمن كما فى اكثر المعتبرات * قال فى البحر وتعقبهم فى الغاية بانكم قلتم ان كلا من الاجارة والاعارة غير صحيح فكيف يقال انه صفقة فى صفقة وجوابه انه صفقة فاسدة فى صفقة صحيحة ففسدتا جميعا انتهى هذا مسلم ان كانت الاجارة فاسدة وان باطلة فلا لما سيأتى ان اجارة النخيل باطلة والباطل عبارة عن المعدوم المضمحل والمعدوم لايصلح متضمنا فيلزم فى هذا الصورة ان لاتوجه صفقة فى صفقة فلا يندفع الاشكال تأمل (ولو) وصلية اى ولو كان (بعد تناهى عظمها) عند الشيخين وهو القياس لان مازاد وحدث من الترك فى ملك البائع مضموم عند البيع وهو مجهول (خلافا لمحمد) فانه قال يفسد فى المتناهية استحسانا لانه شرط متعارف وهو قول الائمة الثلثة * وفى البحر نقلا عن الاسرار الفتوى على قول محمد وبه اخذ الطحاوى * وفى المنتقى ضم اليه ابا يوسف * وفى التحفة والصحيح قولهما لان التعامل لم يكن بشرط الترك وانما كان بالاذن بالترك من غير شرط (وكذا) يفسد (شراء الزرع) بشرط الترك لما قررنا (وان تركها) اى الثمرة الغير المتناهية على الشجر (باذن البائع بلا اشتراط) تركها حالة (العقد طاب له) اى للمشترى (الزيادة) الحاصلة فى ذات الثمرة بالترك لانه حصل بطريق مباح (وان تركها) اى الثمرة (بغير اذنه) اى البائع (تصدق بما زاد فى ذاتها) لحصوله

٩ والعبارة الواضحة ان يقال وانما قيد بدو الصلاح وعدم بدوه لان بيعها قبل البدو واصلا لايصح اتفاقا لانه لا خلاف لما فى عدم جواز بيع الثمار قبل ظهورها اصلا ولا فى جواز بيعها بعد ظهور صلاحها لتناول بنى آدم وعلف الدواب * وانما الخلاف فيما بعد الظهور قبل الصلاح م

بطريق محظور * ويعرف مقدار الزائد بالتقوم يوم البيع ويوم الادراك وماتفاوت بينهما يكون زائدا (وان تركها) اى الثمرة (بعدماتناهت) بغير اذنه الى ان تدرك (لا يتصدق المشترى (بشئ) لان الثمرة اذا صارت بهذه المثابة لا يتحقق زيادة فيها وانما هو تغير وصف وهو من اثر ١١ الشمس والقمر والكواكب (وان استأجر) المشترى (الشجرة الى وقت الادراك بطلب الاجارة) اى لو اشتراها مطلقا عن الترك والقطع ثم استأجر الشجر الى وقت ادراك الثمر بطلت الاجارة (وطابت الزيادة) لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة • فبقى الاذن معتبرا فطيب (وان استأجر) المشترى (الارض لترك الزرع) الى ان يستحصد (فسدت) الاجارة لجهالة المدة فقد يتقدم الادراك اذا تعجل الحر وقد يتأخر اذا طال البرد (ولا تطيب الزيادة) الحاصلة فيها للخبث * والحاصل ان الاذن فى الاجارة الباطلة صار اصلا اذ الباطل عبارة عن المعدوم المضمحل والمعدوم لا يصلح متضمنا فصار الاذن مقصودا * ولا كذلك فى الفاسدة لان الفاسد ما كان موجودا باصله فائتا بوصفه فامكن جعله متضمنا للاذن وفساد المتضمن يقتضى فساد ما فى الضمن فيفسد الاذن فيتمكن الخبث * وفى العناية كلام فليطالع (ولو اثمرت) الشجرة (ثمرا آخر) بعد شراء الموجود (قبل القبض) بتخلية البائع بين المشترى وبين الثمرة (فسد البيع) ان لم يحلل له البائع لتعذر التسليم بسبب الاختلاط وعدم التميز هذا اذا لم يعرف الحادث بالموجود فان عرف فالعقد صحيح على حاله وكذا اذا حلل له البائع كما فى الكافى (و) لو اثمرت الشجرة ثمرا آخر (بعد القبض) اى بعد قبض المشترى المبيع بالتخلية فلا يفسد بالاختلاط ولكنهما (يشتركان) فيه لاختلاط ملك احدهما للآخر (والقول فى قدر الحادث للمشترى) مع يمينه لكونه فى يده وفى التبيين وكذا الباذنجان والبطيخ * فحاصله ان لهذه المسئلة ثلاث صور احديها اذا خرج الثمار كله فانه يجوز بيعه بالاتفاق وحكمه ما مضى * وثانيها ان لا يخرج شئ منه فانه لا يجوز بيعه اتفاقا * وثالثها ان يخرج بعضها دون بعض فانه لا يجوز فى ظاهر المذهب قيل يجوز اذا كان الخارج اكثر ويجعل المعدوم تبعا للموجود استحسانا لتعامل الناس وللضرورة وكان شمس الائمة الحلوانى وابو بكر بن الفضل يفتيان به • وقال شمس الائمة السرخسى والاصح انه لا يجوز ١٢ وفى البحر * وهو ظاهر المذهب لكن فى الفتح الناس تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم فى ذلك عادة ظاهرة وفى نزع الناس عن عادتهم حرج * وقد رأيت فى هذا رواية عن محمد وهو فى بيع الورد على الاشجار فان الورد لا يخرج جملة ولكن يتلاحق البعض البعض ثم جواز البيع فى الكل بهذا الطريق وهو قول مالك • والخلاص ان يشترى اصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث على ملكه * وفى الزرع والحشيش يشترى الموجود ببعض الثمن ويستأجر مدة معلومة يعلم غاية الادراك وانقضاء الغرس فيها بباقى الثمر * وفى ثمار الاشجار يشترى الموجود ويحل له البائع ما يوجد * فان خاف ان يرجع يفعل كما قال ابو الليث فى الاذن فى ترك الثمر على الشجر انه متى رجع عن الاذن كان مأذونا فى الترك باذن جديد فيحل له على مثل هذا الشرط انتهى (ولو باع ثمرة) على

---

١١ لان الشمس تنضجها والقمر يلونها والكواكب تعطيها الطعم بقدرة الله فلم يبق فيها لا عمل هذه الكواكب فلا دخل لملك البشر حتى يلزم الرضى منه فى الترك منه

١٢ يفهم من كلام الزيلعى ان شمس الائمة وابو بكر يفتيان بجوازه اذا كان الخارج اكثر لكن فى البحر حكى عن الامام الفضلى وكان يقول الموجود وقت العقد اصل وما يحدث تبع نقله شمس الائمة عنه ولم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد يكون اكثر بل قال عنه اجعل الموجود اصلا فى العقد وما يحدث بعد ذلك تبعا وقال استحسن فيه لتعامل الناس » منه

شجرة (واستثنى منها) اى من الثمرة المبيعة المجذوذة او غيرها (ارطالا معلومة صح) اى البيع والاستثناء فى ظاهر الرواية وهو مذهب مالك لان المستثنى معلوم بالعبارة والمبيع معلوم بالاشارة وجهالة قدره لا تمنع الجواز الا ترى ان بيعه مجازفة جائز * والاصل ان ما جاز بيعه ابتداء يجوز استثناؤه كبيع صبرة الا قفيزا وقفيز من صبرة بخلاف الحمل واطراف الحيوان حيث لا يجوز استثناؤه لانه لا يجوز بيعه ابتداء (وقيل لا) يصح وهو رواية الحسن والطحاوى وهو قول الشافعى واحمد لجهالة الباقى وهو اقيس بمذهب الامام فى مسئلة بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فانه افسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم فى استثناء ارطال معلومة على الاشجار وان لم يفض الى المنازعة * فالحاصل ان كل جهالة تفضى الى المنازعة مبطلة فليس يلزم ان ما لا يفضى اليها يصح معها بل لا بد من عدم الافضاء اليها فى الصحة من كون المبيع على حدود الشرع * الا يرى ان المتبايعين قد تراضيا على شرط لا يقتضيه العقد وعلى البيع باجل مجهول ولا يعتبر ذلك مصححا كما فى الفتح * وفى المنح وقد يفهم من كلام الزيلعى ان رواية عدم الجواز هى رواية الحسن وحده وليس كذلك بل هى رواية ابى يوسف ايضا عن ابى حنيفة وتمامه فيه فليطالع * ثم محل الاختلاف ما اذا استثنى معينا فان استثنى جزء كربع او ثلث فانه صحيح اتفاقا * وكذا لو كان الثمر مجذوذا واستثنى منه ارطالا جاز وقيد بالارطال لانه لو استثنى رطلا واحدا جاز اتفاقا لانه استثناء القليل من الكثير بخلاف الارطال لجواز ان لا يكون ذلك فيكون استثناء الكل من الكل (ويجوز بيع البر) والشعير والعدس حال كونه (فى سنبله ان بيع بغير جنسه) وان بيع بجنسه لا يجوز لشبهة الربوا (وكذا) يجوز بيع (الباقلاء) هو بالقصر والتشديد او بالمد والتخفيف الحب المعروف (فى قشره والارز والسمسم وكذا) يجوز بيع (اللوز والفستق) بضم الفاء والتاء وسكون السين (الجوز فى قشرها الاول) قيد للجميع * وانما قيد بالاول وهو الاعلى تنصيصا على موضع الخلاف * فان الشافعى لا يجوز بيع ذلك كله وله فى بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله وعلى البائع تخليصها وتسليمها الى المشترى هو المختار وفى الكافى وغيره وللشافعى ان المبيع مستور بشيء لا منفعة له فصار كتراب الصاغة اى كبيع تراب الفضة بتراب الفضة او بالفضة * ولنا انه صلى الله تعالى عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى ١٣ يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها فظاهره يقتضى الجواز بعد وجود الغاية وعنده لا يجوز حتى يخرج من قشره الاول اه * لكن الاستدلال بمفهوم الغاية لا يجوز عندنا الا ان يقال انه على الزام الشافعى بمذهبه فى المفهوم وان لم يكن معتبرا عندنا * فيكون جوابا الزاميا على مذهبه ويسمى جدلا * فعلى هذا يندفع به اعتراض صاحب العناية فلا يلزم عليه ما قال صاحب الدرر تأمل (واجرة الكيل) فى مثل البر للكيال (وعد المبيع) اى اجرة العد فى مثل الغنم للعداد (ووزنه) اى اجرة الوزن فى مثل العسل للوزان (وذرعه) اى اجرة الذرع فى مثل الارض للذراع (على البائع) فيما بيع بشرط الكيل والعد والوزن والذرع (لانه من تمام

ازهى الثمر يزهى اذا احمره قال ابو زيد زهايز هو ونقل الزمخشرى عن صاحب العين وهو خطاء انما هو يزهى منه

التسليم وتسليم المبيع عليه * وكذا ماكان من تمامه * قيد بالكيل لان صب الحنطة فى الوعاء
على المشترى * وكذا اخراج الطعام من السفينة وكذا قطع العنب المشترى جزافا عليه * وكذا
كل شئ باعه جزافا كالثوم والبصل والجزر اذا خلى بينها وبين المشترى وكذا قطع الثمر
اذا خلى بينها وبين المشترى كما فى البحر وغيره * لكن فى الفتح وصبها فى وعاء المشترى على
البائع ايضا هو المختار (واجرة نقد الثمن) اى تميز جيده عن رديه (ووزنه على المشترى)
لانه يحتاج فى تسليم الثمن الى تعيين قدره وصفته فتكون مؤنته عليها وكذا مؤنة تميز الجيد عن
غيره هو الصحيح كما فى الخلاصة * وهو ظاهر الرواية كما فى الخانية * وبه يفتى كما فى الزاهدى
وغيره * الا اذا قبض البائع الثمن ثم جاء يرده بعيب الزيافة فانه على البائع * واما اجرة نقد الدين
فانه على مديون الا اذا قبض رب الدين الدين ثم ادعى عدم النقد فالاجرة على رب الدين *
كما فى البحر (وفى بيع سلعة بثمن) اى بدرهم ودنانير (سلم هو اولا) اى سلم الثمن قبل المبيع
اذا وقع المنازعة بينهما فى تسليم المبيع والثمن قيل للمشترى ادفع الثمن اولا لان حق المشترى
تعين فى المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما انه يتعين بالتعين تحقيقا للمساواة
فى تعيين حق كل واحد منهما خلافا للشافعى فى قول هذا اذا كان المبيع حاضرا وان غائبا فلا
يسلم حتى يحضر البائع المبيع على مثال الراهن مع المرتهن * وفى البزازية باع بشرط ان يدفع
المبيع قبل نقد الثمن فسد البيع لانه لا يقتضيه العقد * قال محمد لا يصح لجهالة الاجل (ان لم يكن)
المبيع (مؤجلا) فانه لو كان مؤجلا لا يمكن التسليم اولا بل يجب تسليم المبيع فانه وان اسقط البائع
حقه بالتأجيل فلا يسقط حق المشترى فى قبض المبيع (وفى بيع سلعة بسلعة) هذا بيع المقايضة
على مامر (او ثمن بثمن) ويسمى هذا بيع الصرف (سلما معا) تسوية بينهما فى العينية والدينية
فلا ضرورة فى تقديم احدهما بالدفع * لكن لابد من معرفة التسليم والتسليم الموجب للبراءة
وفى التجريد تسليم المبيع ان يخلى بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل *
وكذا تسليم الثمن وفى الاجناس يعتبر فى صحته التسليم ثلثة معان ان يقول خليت بينك
وبين المبيع وان يكون المبيع بحضرة المشترى على صفة يتأتى فيه النقل من غير مانع وان يكون
مفرزا غير مشغول بحق غيره وعن الوبرى المتاع لغير البائع لا يمنع * فلو اذن له بقبض المتاع
والبيت صح صار المتاع وديعة عنده * وكان الامام يقول القبض ان يقول خليت بينك
وبين المبيع فاقبضه ويقول المشترى وهو عند البائع قبضته فلو اخذه برأسه وصاحبه عنده
فقاده فهو قبض دابة كان او بعيرا وان كان غلاما او جارية فقال المشترى تعال معى او امش
فخطى معه فهو قبض وكذا لو ارسله فى حاجته وفى الثوب ان اخذه بيده او خلى بينه وبينه
وهو موضوع على الارض فقال اخليت بينك وبينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض * وكذا
القبض فى البيع الفاسد بالتخلية ولو اشترى حنطة فى بيت ودفع البائع المفتاح اليه وقال خليت
بينك وبينها فهو قبض وان دفعه ولم يقل شيئا لا يكون قبضا ولو باع دارا غائبة فقال سلمتها
اليك فقال قبضتها لم يكن قبضا وان كانت قريبة كان قبضا وهى ان تكون بحال يقدر على اغلاقها

والا فهي بعيدة وتمامه في البحر فليطالع * وفي التنوير وجد البائع الثمن زيوفا ليس له استرداد السلعة وحبسها به * قبض بدل الجياد زيوفا ثم علم بها ردها ويسترد الجياد ان قائمة والا فلا * اشترى شيئا وقبضه ومات مفلسا قبل نقد الثمن فالبائع اسوة للغرماء * ولو لم يقبضه فالبائع احق به اتفاقا

﴿ باب الخيارات ﴾

وفي المستصفى العلل نوعان : عقلية وهي ما لا يجوز تراخي الحكم عنها كالسواد مع الاسوداد ولذلك قال الشيخ ابو نصر العلة العقلية ما اذا وجد يجب الحكم به * وشرعية كالبيت للحج والاوقات للصلاة والبيع للملك وفي مثل هذه العلة يجوز تراخي الحكم عن علته الا انه لا يجوز تخلف الحكم عن العلة الا على قول من يجوز تخصيص العلة * واعلم ان الموانع يمنع انعقاد العلة كما اذا اضاف البيع الى حر * ومانع يمنع تمام العلة كما اذا اضاف الى مال الغير * ومانع يمنع ابتداء الحكم كخيار الشرط * ومانع يمنع تمام الحكم كخيار الرؤية * ومانع يمنع لزوم الحكم كخيار العيب فقدم خيار الشرط انواعه لهذا * وفي البحر والخيارات في البيع لا تنحصر في الثلثة بل هي ثلثة عشر خيارا : خيار الشرط خيار الرؤية خيار العيب خيار الغبن خيار الكمية خيار الاستحقاق خيار كشف الحال خيار تفرق الصفقة بهلاك البعض قبل القبض خيار اجازة عقد الفضولي خيار فوات الوصف المشروط المستحق بالعقد خيار التعيين خيار الخيانة في المرابحة خيار نقد الثمن وعدمه (صح خيار الشرط) اي الاختيار للفسخ او الاجازة بسبب شرطه ولو بعد البيع * فالخيار اسم من الاختيار * والاضافة من قبيل اضافة الحكم الى علته وسببه * وهي بين الفصحاء والفقهاء شائعة فلا حاجة الى ما قيل من انه لو قال صح شرط الخيار لكان اولى لان الموصوف بالصحة شرط الخيار لا نفس الخيار تدبر (لكل من العاقدين) اي البائع والمشتري منفردا (ولهما معا) اي صح الخيار للبائع والمشتري جميعا في مبيع او بعضه * صرح في السراجية حيث قال اشترى مكيلا او موزونا او عبدا وشرط الخيار في نصفه او ثلثه او ربعه جاز كما في البحر (ثلثة ايام) بالنصب على الظرف او بالرفع على الابتداء والخبر هو الظرف المتقدم * ويجوز ان يكون هو مبتدء على نحو قوله تعالى ومنهم دون ذلك فيكون من قبيل التجاذب كما في القهستاني * لكن في الفتح والصواب ان يقدر مدته ثلثة ايام فما دونها (لا اكثر) من ثلثة ايام عند الامام وزفر والشافعي لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم لحبان بن منقذ يغبن في البياعات اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام ووجهه ان شرط الخيار مخالف المقتضى العقد وهو اللزوم او لا * فيكون مفسدا * لكنه جوز بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة لا ما فوقها * وفي البحر وحين ورد النص به جعلناه داخلا على الحكم مانعا له تقليلا لعمله بقدر الامكان ولم نجعله داخلا على اصل البيع للنهي عن بيع بشرط * والبيع الذي شرط فيه الخيار يقال فيه علة اسما ومعنى لا حكما وللخالي عنه علة اسما ومعنى وحكما (الا ان اجاز) اي من له الخيار في الثلثة يعني لا يجوز الخيار اكثر من ثلثة ايام * لكن لو ذكرا اكثر منها واجاز في الثلثة باسقاط خيار الاكثر جاز عند الامام ولا اعتبار لا وله لزوال المفسد قبل تقرره فانقلب صحيحا * وقد اختلفوا

فى صفة العقد فقيل انعقد فاسدا ثم يعود صحيحا بزوال المفسد فى ظاهر الرواية وهو قول العراقيين * وقيل موقوف على اسقاط الشرط فبمضى جزء من يوم الرابع يفسد فلا ينقلب صحيحا وهو مختار السرخسى وفخر الاسلام وغيرهما من مشايخ ماوراء النهر * وعند زفر والشافعى يفسد من اول الامر اذا شرط الزيادة على الثلث ولو ساعة فلا ينقلب جائزا كالنكاح بغير شهود حيث لا ينقلب صحيحا بالاشهاد (وعندهما يجوز) اكثر من الثلث (ان بين مدة معلومة اى مدة كانت) طويلة اوقصيرة لما روى عن ابن عمر انه اجاز الخيار الى شهرين و لان الخيار شرع للتروى لدفع الغبن وقد تمست الحاجة الى الاكثر فشابه التأجيل فى الثمن * قيد بمعلومة لان الخيار اذا كان مجهولا بان قال اشتريت على انى فالخيار اياما اوقال مؤبدا فانه غيره جائز اتفاقا * وفى الخلاصة لو اثبت الخيار ولم يذكر وقتا فله الخيار مادام فى المجلس (وان اشترى) شخص شيئا (على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع صح) البيع استحسانا اذا نقد فى الثلث * والقياس وهو قول زفر والائمة الثلثة لا يجوز لانه بيع شرطت فيه الاقالة فهو مفسد * ولنا ان ابن عمر باع ناقة بهذا الشرط ولم ينكر عليه احد من الصحابة ولانه فى معنى شرط الخيار فلا يفسده * قيد بقوله الى ثلثة لانه لو لم يبين الوقت اصلا اوذكر وقتا مجهولا فالبيع فاسد اتفاقا (و) ان اشترى على انه ان لم ينقد الثمن (الى اربعة) ايام (لا) يصح البيع عند الامام لان هذا فى معنى الخيار من حيث ان الحق منها التفكر وشرط فوق الثلثة مفسد فكذا هذا * وعن ابى يوسف روايتان وصحهما انه مع الامام (الا ان ينقد فى الثلثة) اى اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى اربعة او اكثر فنقد فى الثلث جاز بالاجماع كما فى شرط الخيار لزوال المفسد (وعند محمد يجوز الى اربعة) ايام (و اكثر) كما فى خيار الشرط جريا على اصله * وابو يوسف كان مع محمد فى هذا الاصل * لكن خالفه فى هذه المسئلة عملا بالنهى الوارد عن البيع بشرط الا ان النص ورد فى شرط الخيار فجازه فبقى الحكم فى المسئلة على مقتضى النهى لكن * يشكل قول ابى يوسف بتجويز الزيادة على شهرين لعدم الاثر فى الزيادة مع انها تجوز تأمل (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) وان قبضه المشترى باذن البائع لان خروجه انما يكون برضاء البائع والخيار ينافيه فيصح تصرف البائع فى المبيع فى مدة الخيار تصرف الملاك من الهبة والعتق والوطئ وغيرها ويصير فسخا للبيع فيخرج الثمن عن ملك المشترى اتفاقا لكنه لا يدخل فى ملك البائع عند الامام وقالا يدخل (فان قبضه) اى المبيع (المشترى) سواء باذن البائع اولا (فهلك) عنده فى مدة الخيار حتى لو هلك عند البائع ينفسخ البيع ولا شئ على المشترى (لزم قيمته) اى قيمة المبيع على المشترى لان خيار البائع لا يسقط عن المبيع الهالك فيقع الهلاك على ملكه فينفسخ البيع لعدم امكان اللزوم اذ لو لزم للزم بعد الهلاك وذا لا يجوز لعدم المحل فكان مضمونا كالمقبوض على سوم الشراء ٢ لان بطلان العقد لا يبطل المساومة فوجب الضمان بالقيمة ان قيما او بالمثل ان مثليا * ولم يذكر المثل كما ذكره البعض اكتفاء بذكر الاصل فى الضمان * قيدنا فى مدة الخيار لانه لو هلك بعد تمام المدة يجب عليه الثمن لا الضمان لان العقد قد لزم بعد تمامها (وخيار المشترى

٢ فاضافة السوم الى الشراء لبيان والسوم من المشترى الاستيام ومن البائع العرض على البيع مع بيان الثمن منه

لايمنع) خروج المبيع عن ملك البائع اتفاقا للزوم البيع فى جانبه ويمنع خروج الثمن من ملك المشترى بالاتفاق * والاصل ان البدل الذى من جانب من له الخيار لايخرج عن ملكه (فان هلك) المبيع (فى يده) اى المشترى (لزم الثمن) لان المبيع اذا قرب من الهلاك يكون معيبا لايمكن الرد فيلزم العقد الموجب ثمن المسمى خلافا للشافعى فان عنده تجب القيمة (وكذا) لزم الثمن (لوتعيب) فى يد المشترى اطلقه فشمل ما اذا ٣ عيبه المشترى او اجنبى او تعيب بآفة سماوية * ولكن ليس باقيا على اطلاقه * وانما المراد به عيب يلزم ولا يرتفع كما اذا قطعت يده * واما مايجوز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره ان زال المرض فى الايام الثلثة واما اذا مضت والعيب قائم لزم البيع لتعذر الرد كما فى البحر وغيره * وانما لم يقل عيبا لا يرفع كما ٤ قال بعض الفضلاء لانه اذا كان العيب نظير الهلاك يفهم ان يكون العيب مما لا يرتفع كما لا يرتفع الهلاك لان الكلام فيما لا يمكن رده على وجه قبضه ولا تأمل (الا انه) اى المبيع اذا خرج عن ملك البائع فيما اذا شرط الخيار للمشترى (لايدخل فى ملك المشترى) عند الامام كيلا يجتمع البدل والمبدل منه فى ملك شخص واحد (خلافا لهما) فان عندهما يدخل وهو قول الائمة الثلثة لانه لما خرج المبيع عن ملك البائع وجب ان يدخل فى ملك المشترى كيلا يصير سائبة بغير مالك * قيده بكون المبيع فى يد المشترى لانه لو هلك قبل القبض فلاشئ عليه اتفاقا * ولم يذكر حكم ما اذا كان الخيار لهما ففى اكثر المعتبرات لايخرج شئ من المبيع والثمن من ملك البائع والمشترى اتفاقا (٥ فلو اشترى زوجته بالخيار) هذا تفريع لما قبله (لايفسد النكاح) عند الامام لانه لايملكها باعتبار الخيار * ويفسد عندهما لانه يملكها (وان وطئها) اى الزوجة المشتراة بالخيار (فله) اى للزوج المشترى (ردها) عند الامام (لانه) اى الوطئ (بالنكاح) اى بحكم ملك النكاح لبقائه لابحكم ملك اليمين لعدمه * وعندهما ليس له ان يردها مطلقا (الا فى البكر) فانها لاترد اتفاقا لان الوطئ ينقصها عنده وعندهما الوطئ بملك اليمين وظاهره انه لو نقصها وهى ثيب فالحكم كذلك كما فى البحر (ولو ولدت) تلك المشتراة او حبلت منه (فى مدته) اى فى مدة الخيار بالنكاح (لاتصير) تلك المشتراة (ام ولده) اى الزوج المشترى عند الامام خلافا لهما فان عندهما تصير ام ولد له او ادعى الولد لانه ولد ذو الفراش ضعيف كما فى الايضاح * لكن الكلام فى الحامل من المشترى بالنكاح فلاحاجة الى قيد الدعوة تدبر * ومحله ما اذا كان قبل القبض اما بعده سقط الخيار اتفاقا وتصير ام ولد للمشترى لانها تعيبت عنده بالولادة فعلى هذا لو قال ولو ولدت فى مدته بالنكاح قبل القبض كما فى اكثر المعتبرات لكان اولى تدبر (ولو اشترى قريبه) اراد به ذا رحم محرم منه (به) اى بالخيار (او) اشترى (عبدا) او امة (بعد قوله ان ملكت عبدا) او امة (فهو حر لايعتقان فى مدته) عند الامام لعدم الدخول خلافا لهما * بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فسقط الخيار فيعتق عندهم جميعا (ولا يعد حيض) الجارية (المشتراة به) اى بالخيار اذا حاضت (فى مدته) اى مدة الخيار (من الاستبراء) عند الامام خلافا لهما (ولا استبراء على البائع ان ردت)

وتعيبه ومثله منه

٤ قائله صاحب الاصلاح منه

٥ قال صاحب النهاية لابد من احد التأويلين اما ان يكون معناه اشترى منكوحته وولدت فى مدة الخيار قبل قبض المشترى او يكون معناه اشترى الامة التى كانت منكوحته وولدت منه قبل الشراء ثم اشتراها بالخيار لا يصير ام ولد له فى مدته وعلى هذا كان قوله فى المدة ظرف لاتصير ام ولد له لا ظرف الولادة وتقرير كلامه اذا ولدت المشتراة بالنكاح لا تصير ام ولد له فى مدته وفيه تعقيد لفظى وانما احتجنا الى احد التأويلين لانا لو اجرينا على ظاهر اللفظ وقلنا انه اذا اشترى منكوحته وقبضها ثم ولدته فى مدته يلزم البيع بالاتفاق كما فى العناية لكن التأويل الثانى بعيد جدا فالتأويل هو الاول منه

الجارية (به) اى بالخيار عند الامام سواء كان قبل القبض او بعده لانه لم يدخل فى ملك غيره * وعندهما ان كان الرد قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء استحسانا * والقياس ان يجب لتجدد الملك * وان كان بعده يجب قياسا واستحسانا * واجمعوا فى البيع البات يفسخ باقالة او غيرها ان الاستبراء واجب على البائع اذا كان الفسخ قبل القبض قياسا واستحسانا كما فى العناية (ولو قبض المشترى به) اى بالخيار (المبيع باذن البائع ثم اودعه) اى اودع المشترى المبيع (عنده) اى البائع (فهلك) فى يد البائع فى المدة او بعدها (فهو على البائع) عند الامام ولا شئ على المشترى (لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك) فلا يثبت الايداع بل يصير رده لرفع القبض فيقع الهلاك قبل قبض المشترى وهو يبطل البيع * وعندهما يهلك على المشترى ويلزمه الثمن لانه ملكه فصار مودعا ملك نفسه فهلاكه فى يد المودع كهلاكه فى يده * هذا لو كان الخيار للمشترى ولو للبائع فسلم المبيع الى المشترى فاودعه البائع فهلك عنده بطل البيع عند كل * ولو كان البيع باتا فقبض باذن البائع فهلك عنده بطل البيع عند الكل * ولو كان البيع باتا فقبض المبيع باذن البائع او بغير اذنه ثم اودعه البائع فهلك كان على المشترى اتفاقا لصحة الايداع كما فى البحر (ولو اشترى) العبد (المأذون شيئا) اى بالخيار (فابرأ بائعه عن ثمنه) فى المدة يبقى خياره عند الامام لانه لما لم يملكه كان الرد امتناعا عن التملك (وله) اى للمأذون (الرد) بالخيار (لانه) اى المأذون (يلى عدم التملك) كما لو وهبت له هبة فامتنع عن القبول * وعندهما بطل خياره لانه ملكه فكان الرد والفسخ منه تمليكا من البائع بلا بدل وهو تبرع والمأذون لا يملكه * وهذا يقتضى صحة الابراء * لكن لا يصح عند ابى يوسف قياسا ويصح عند محمد استحسانا (ولو اشترى ذمى من ذمى خمرا به) اى بالخيار (فاسلم فى مدته بطل شراؤه) عند الامام (كيلا يملكها) اى الخمر مسلما بالاجازة) وعندهما بطل الخيار لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم * هذا فى اسلام المشترى * اما لو اسلم البائع فلا يبطل بالاجماع وصار المشترى على حاله (خلافا لهما فى الجميع) اى فى جميع المسائل المذكورة من قوله فلو اشترى الى هنا * وقد ذكر قولهما ووجههما عقيب كل مسئلة وقد زاد بعض الشارحين على ما ذكره مسائل منها ما اذا تخمر العصير فى بيع مسلمين فى مدته فسد البيع عنده لعجزه عن تملكه وعندهما يتم لعجزه عن رده * ومنها لو اشترى دارا على انه بالخيار وهو ساكنها باجارة او اعارة فاستدام سكناها قال السرخسى لا يكون اختيارا وهو كابتداء السكنى وقال خواهرزاده استدامتها اختيار عندهما لملك العين وعنده ليس باختيار * ومنها حلال اشترى ظبيا بالخيار فقبضه ثم احرم والظبى فى يده فينتقض عنده ويرد الى البائع وعندهما يلزم المشترى ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالاجماع ولو كان للمشترى فاحرم للمشترى ان يرده * ومنها اذا كان الخيار للمشترى وفسخ العقد فالزوائد ترد على البائع عنده لانها لم تحدث على ملك المشترى وعندهما للمشترى لانها حدثت على ملكه كما فى البحر (ومن له الخيار) سواء كان بائعا او مشتريا او اجنبيا فله ان يفسخه وله ان يجيزه * واذا اراد الاجازة (يجيز) البيع (بحضرة صاحبه وغيبته) فى مدته بالقول او الفعل وان لم يعلم صاحبه

(بالاتفاق)

بالاتفاق لكونه راضيا وقت اثبات الخيار له (ولا يفسخ) البيع في مدته (الا بحضرته) والمراد ٦ بالحضرة علم صاحبه او علم من يقوم مقامه عند الطرفين * لان الفسخ تصرف في حق صاحبه وذا لا يجوز بدون علمه كالموكل اذا عزل الوكيل لا يثبت حكم عزله في حقه ما لم يعلم فالخيار باق على حاله (خلافا لابي يوسف) وهو قول زفر والائمة الثلثة فانهم يقولون ان يفسخ بغيبته ايضا لانه مسلط على الفسخ من طرف صاحبه فلا يتوقف على علمه * ولذا لا يشترط رضاؤه فصار كالوكيل بالبيع هذا اذا كان الفسخ بالقول * ولو كان بالفعل كالاعتاق والبيع والوطئ يجوز بلا علمه بالاتفاق لانه حكمي ولا يشترط العلم في الحكمي * وذكر الكرخي ان خيار الرؤية على هذا الخلاف * وفي خيار العيب لا يصح فسخه بغير علمه بالاجماع لانه لا يثبت الا بالقضاء (فان فسخ) من له الخيار بغيبة صاحبه (وعلم به) الاخر (في المدة انفسخ) البيع لحصول العلم به (والا) اى وان لم يعلم به الآخر في المدة بل علم بعد مضي المدة (تم العقد) لوجود الرضى دلالة حيث لم يتم الفسخ * لا يقال ان في شرط العلم ضررا لمن له الخيار اذ يجوز ان يختفي صاحبه فلا يصل اليه الخبر في مدته لانا نقول يمكن تداركه بان اخذ منه كفيلا يحضره في المدة او وكيلا يثق به حتى اذا بدا له الفسخ رده عليه وقال بعضهم لو رفع الامر الى الحاكم فنصب من يخاصم عنه صح الرد عليه (ويتم العقد ايضا بموت من له الخيار) ولا ينتقل الى الورثة * وقال الشافعي يورث عنه لانه حق لازم له في البيع فيجرى فيه الارث كخيار العيب وبه قال مالك * ولنا ان الغرض منه التأمل لغرض نفسه وقد بطلت اهلية التأمل بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث * لا انه ورث خياره كذا قالوا * اذا علمت هذا ظهر ان خيار التغرير وهو ما اذا غر البائع المشترى او بالعكس ووقع البيع بينهما بغبن فاحش لا يورث لانه لمجرد حق ثبت للبائع او للمشترى كما في خيار الشرط كما في المنح * وقيد بموت من له الخيار لان الخيار لا يبطل بموت من عليه الخيار اتفاقا (وكذا) يتم العقد ويبطل الخيار (بمضي المدة) فان اغمى عليه او جن او نام او سكر بحيث لا يعلم حتى مضت المدة الصحيح انه يسقط الخيار كما في الاختيار * خلافا لمالك (و) يتم (بالاخذ بشفعة بسبب المبيع) بشرط الخيار يعني لو اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار اخرى بجنبها في مدته وطلبها بطريق الشفعة * فهذا الطلب رضى بتلك الدار الاولى لان طلب الشفعة بما يقتضي ابطال الخيار واجازة الشراء سابقا اذ الشفعة لا تصير الا بالملك * وقيدنا بشرط الخيار لان طلبها لا يسقط خيار الرؤية والعيب ولو قال وبالطلب بشفعة لكان اولى لان طلبها مسقط وان لم يأخذها كما في المعراج فلهذا قلنا في تصويرها وطلبها بطريق الشفعة * تدبر (و) يتم (بكل ما يدل على الرضى) من قبيل عطف العام على الخاص (كالركوب لغير الاختيار) اى الامتحان * فلو ركب دابة لينظر الى سيرها لا يدل على رضاه كما لو ركبها ليردها او ليسقيها او ليعلفها وفيه اشعار بانه لو استخدم الجارية مرة للامتحان ثم اخرى فان كان من نوع واحد فهو رضى والا فلا * وكذا اذا لبسه مرة كما في اكثر الكتب * فعلى هذا يكون في عموم قوله لغير الاختيار نظر كما في الفرائد *

٦ والحضرة كناية عن العلم لانها سبب العلم منه

لكن يمكن ان يقال انه اعم من الاختيار اوىما فى حكمه فيندفع به النظر تدبر (والوطئ) والتقبيل واللمس بشهوة والنظر الى الفرج بشهوة (والاعتاق وتوابعه) اى توابع الاعتاق كالتدبير والكتابة وكذا كل تصرف لاينفذ الا بالملك كالبيع والاجارة والاسكان والمرمة والبناء والتجصيص والهدم ورعى الماشية وحلب البقرة ومعالجة الدابة وكرى الانهار * لان هذه التصرفات دليل الملك * هذا كله اذا كان الخيار للمشترى ووجد منه شئ من هذه الاشياء * وان كان الخيار للبائع وفعل هذه الاشياء انفسخ البيع (ولو شرط المشترى الخيار لغيره) عاقدا اوغيره لعموم الغير (جاز) الشرط عندنا ويثبت لهما الخيار * والقياس ان لايجوز وهو قول زفر لانه موجب العقد فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كالثمن * وجه الاستحسان انه يثبت له ابتداء ثم للغير نيابة تصحيحا لتصرفه * والتقييد بالمشترى اتفاقى لان البائع لو شرط الخيار جاز ايضا كما فى اكثر الكتب * فعلى هذا لو قال وان شرط احد المتعاقدين الخيار لاجنبي لكان اولى ليشمل البائع والمشترى وليخرج اشتراط احدهما للآخر فان قوله لغيره صادق بالبائع وليس بمراد كما فى البحر * وفى النوازل لو شرط الخيار لجيرانه ان عد اسماءهم جاز والافلا (وايهما) اى اى من المشترى والغير او البائع (اجاز) البيع (او فسخ) البيع (صح) لان كلا منهما يملك التصرف اصالة او نيابة (وان اجاز) البيع (واحد) ممن شرط الخيار له من المتعاقدين والاجنبى وفسخ الآخر البيع (اعتبر السابق) رداكان او اجازة لوجوده فى زمان لايزاحمه فيه احد وتصرف الآخر بعده لغو (وان كانا) اى اللفظان وهما الاجازة والفسخ (معا) اى مجتمعين بان اجاز واحد وفسخ الآخر وخرج الكلامان معا (فالفسخ) اى فالمعتبر الفسخ فى رواية لان الخيار شرع للفسخ فهو تصرف فيما شرع لاجله فكانه اولى كما فى الاختيار وصححه قاضيخان * وقال الزيلعى وهو الاصح وبه جزم المص وكثير من المتون فكان هو المذهب * وقيل يرجح تصرف العاقد نقضا او اجازة لان الصادر من نيابة لايصلح معارضا للصادر عن اصالة * وفى البحر لو تفاسخا ثم تراضيا على فسخ الفسخ وعلى اعادة العقد بينهما جاز (ولو باع) شخص (عبدين) مسميين بالقابل والمقبول على انه (بالخيار فى احدهما) اى فى احد العبدين ثلثة ايام (فان عينه) اى عين محل الخيار بان قال على انى بالخيار فى القابل مثلا (وفصل ثمن كل) واحد منهما بان قال القابل بالف والمقبول بالف ومائة (صح) البيع لان الذى فيه الخيار كالخارج عن العقد فكان الداخل فيه غيره فلم يكن ذلك الداخل معلوما وثمنه معلوما لايجوز اذ جهالة المبيع والثمن مفسدة للبيع * وان يكونا معلومين اما بالتفصيل والتعيين (والا) اى وان لم يفصل الثمن ولم يعين محل الخيار او ان يفصله ولم يعينه او ان لايفصله ويعينه (فلا) يصح البيع لجهالة الثمن والمبيع او احدهما * فهذه اربعة انواع واما بيع عبد على انه بالخيار فى نصفه فجائز بلا تفصيل لان النصف من الواحد لايتفاوت وكذا الحكم فى بيع شئ من الكيلى او الوزنى بالخيار فى نصفه لان ثمن الكل اذا كان معلوما يصير نصف الثمن معلوما والشيوع لايمنع الصحة والجواز * ولا فرق بين ان يكون الخيار للبائع او للمشترى كما فى العينى (ويجوز خيار التعيين للمشترى)

(وهو)

(وهو بيع احد شيئين اوثلثة) اشياء (على ان يأخذ المشترى اياشاء) من الاثنين او الثلثة والقياس الفساد لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعى * وجه الاستحسان انه فى معنى شرط الخيار لاحتياج الناس الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا فى البيع فكان فى معنى ماورد به الشرع * والجهالة لاتوجب الفساد بعينها بل لافضائها الى المنازعة ولا منازعة فى الثلث لتعيين من له الخيار (ولا يجوز فى اكثر من ثلثة) اشياء لعدم الحاجة اليها لاشتمال الثلثة على الجيد والردى والوسط * فمافوقها باق على القياس لان ثبوت الرخصة بالحاجة والحاجة تندفع بالثلث * وفى البحر يجوز خيار التعيين فى جانب البائع كما يجوز فى جانب المشترى (ويتقيد تخيره بمدة خيار الشرط على الاختلاف) بين الامام وصاحبيه يعنى بثلثة ايام عنده وبمدة معلومة عندهما * ثم قيل يشترط ان يكون فى هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور فى الجامع الصغير * قال شمس الائمة هو الصحيح * وقيل لايشترط كما يشعر به كلام المص * وهو المذكور فى الجامع الكبير والمبسوط * قالوا وو ضعها فى الجامع الصغير مع خيار الشرط اتفاق لا لانه شرط * قال فخر الاسلام وهو الصحيح (والمبيع واحد) من الشيئين او الثلثة فى هذه الصورة (والباقى امانة) فى يد المشترى * ثم فرعه فقال (فلو قبض) المشترى لانه لولم يقبضه فهلك بطل البيع (الكل فهلك) فى يده (واحد او تعيب) فى يده واحد (لزم البيع) بالثمن (فيه) اى فى الهالك او المتعيب لامتناع الرد بالهلاك او بسبب العيب الذى حدث فيه عنده (وتعين الباقى للامانة) فى يده لان الداخل تحت العقد احدهما والذى لم يدخل فى العقد قبضه باذن مالكه لا على سوم الشراء ولا بطريق الوثيقة وكان امانة فى يده فيرده (وان هلك الكل) فى يده (لزمه) اى المشترى (نصف ثمن كل) ان كان شيئين (او ثلثة) ان كان ثلثة لشيوع البيع والامانة مع عدم الاولوية * ولا فرق بين ان يكون الثمن متفقا او مختلفا وكذا لو كان الهلاك على التعاقب ولم يدر الاول * بخلاف ما اذا تعيبا او لم يهلكا حيث يبقى خياره على حاله وله ان يرد احدهما لان المعيب محل لابتداء المبيع وكذا التعيين * بخلاف الهالك فانه ليس محلا لابتدائه فليس لتعيينه ولكن ليس له ان يردهما وان كان فيه خيار الشرط لان العيب يمنع من الرد بخيار الشرط كما فى المنح (وليس له) اى للمشترى بخيار التعيين (رد الكل) للزوم البيع فى احدهما (الا ان ضم اليه) اى الى خيار التعيين (خيار الشرط) فحينئذ له رد الكل فى مدته لانه امين فى احدهما فيرده بحكم الامانة وفى الآخر مشتر قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده * واذا مضت الايام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقى له خيار التعيين فيرد احدهما (ويورث خيار التعيين) يعنى لو مات من له خيار التعيين فللوارث رد احدهما لان المورث كان مخصوصا بتعيين ملكه المخلوط برضاء صاحبه فكذا وارثه حيث انتقل الملك اليه مخلوطا بملك الغير (و) يورث خيار (العيب) لان المورث استحق المبيع غير معيب فكذا الوارث فله رده ان كان معيبا * وهذا معنى الارث فيهما * فلا ينافى ما قيل انهما لا يورثان اى بنفسهما كيف والارث فيما يقبل الانتقال (لا) يورث خيار (الشرط و) خيار (الرؤية)

لانهما يثبتان للعاقد بالنص والوارث ليس بعاقد * وقال الشافعي يورث خيار الشرط لان
الوارث ورث الملك على وجه التوقف كما كان فله خيار الشرط * والانسب ذكر مسئلة الارث
وعدمه في آخر الخيارات كما لا يخفى على تدبر (ولو اشتريا) اى الرجلان شيئا (على انهما بالخيار
فرضى احدهما) بالبيع بان اسقط خياره (لا يرد الآخر) عند امام (خلافا لهما) فانهما
قالا له ان يرده وهو قول الائمة الثلثة لانه لو لم يملك فسخه كان الزاما عليه لا برضاه وفيه ابطال لما
ثبت من حقه لان كلا من الاجازة والفسخ حقه * وله ان رد احدهما دون الآخر يوجب
عيبا في المبيع لم يكن عند البائع اعني عيب الشركة * وخصه في البحر بما اذا كان بعد القبض اما قبله
فليس له الرد يعني اتفاقا * فان قلت بيعه منهما رضى منه بعيب التبعيض * قلت اجيب بانه ان سلم فهو
رضى به في ملكهما لا في ملك نفسه كما في المنح قيد بالمشتريان لان البائع لو كان اثنين
والمشتري واحدا وفي البيع خيار شرط او عيب فرد المشتري نصيب احدهما دون الآخر بحكم
الخيار جاز اتفاقا كما في شرح المجمع (وعلى هذا) الخلاف (خيار العيب) يعني لو اشترياه فرضى
احدهما بعيب فيه لا الآخر (و) خيار (الرؤية) يعني لو اشتريا شيئا لم يرياه ثم رآه احدهما
ورضى لا الاخر قال في المنح ويلزم البيع لو اشترى عبدا من رجلين صفقة واحدة على ان
الخيار للبائعين فرضى احدهما دون الاخر فليس لاحدهما الانفراد اجازة اوردا هذا
عند الامام كما في الخانية (ولو اشترى عبدا على انه خباز) وفي المعراج قوله على انه خباز اى
عبد حرفته هذا لانه لو فعل هذا الفعل احيانا لا يسمى خبازا (او كاتب فظهر) العبد (بخلافه)
اى بخلاف ما ذكره بان كان غير خباز او غير كاتب (اخذه) اى المشتري (بكل الثمن) المسمى
ان شاء لان الوصف لا يقابله شئ من الثمن كما اذا اشترى دارا او ارضا على ان فيها كذا وكذا
بيتا او نخلة فوجدها ناقصة جاز البيع وله الخيار (او تركه) ان امكن وهو قول الشافعي لان
هذا وصف مرغوب فيه فيستحق بالشرط ويثبت بفواته الخيار للمشتري لانه لم يرض بالعبد
دونه وهذا الاختلاف اختلاف نوع لا اختلاف جنس لقلة التفاوت فلا يفسد العقد بعدمه
بخلاف شرائه شاة على انها حامل او تحلب كذا رطلا او عبدا يكتب كذا وكذا حيث يفسد
البيع في ظاهر الرواية لان هذا شرط مجهول لا وصف مرغوب حتى لو شرط انها حلوب
او لبون لا يفسد لانه يذكر على سبيل الوصف دون الشرط كما اذا اشترى فرسا على انه هملاج
او كلبا على انه صيود او اشترى جارية على انها ذات لبن وهو رواية عن الامام وبه اخذ
الفقيه ابو الليث والصدر الشهيد وعليه الفتوى قيدنا بان امكن لانه ان تعذر الرد بسبب من
الاسباب رجع المشتري على البائع بالنقصان في ظاهر الرواية وهو الاصح وفي المنح لو قال
احد المتبايعين شرطنا الخيار وانكر الاخر فالقول قوله كما في دعوى الاجل والمضي فان
القول للمنكر اشترى جارية بالخيار فردغيرها بدلها قائلا بانها المشتراة فتنازع البائع والمشتري
فقال البائع غيرت والمبيعة ليست كذلك وانكر المشتري التغيير وليس للبائع بينة فالقول للمشتري
مع اليمين وجاز للبائع وطؤها ولو قال البائع عند رده كان يحسن ذلك لكنه نسي عندك فالقول

للمشترى * ولو اشتراه من غير اشتراط كتبه وخبزه كان يحسن ذلك فنسيه فى يد البائع رده عليه

فصل

فى خيار الرؤية (من اشترى مالم يره جاز) اى صح البيع عندنا * وعند الشافعى فى القول الجديد لا يصح * وفى الكفاية الخلاف فيما اذا كان المبيع قائما بين يديهما موجودا كما اذا اشترى زيتا فى زق او برا فى جوالق او ثوبا فى كم او شيئا مسمى موصوفا او مشارا اليه او الى مكانه وليس فيه غيره بذلك الاسم حتى لو لم يكن كذلك ولم يشير اليه او الى مكانه لا يصح البيع اتفاقا * وموضع الخلاف فى المبيع اذ لا خلاف فى الثمن الدين * واما الثمن العين ففيه الخيار عندنا لانه بمنزلة المبيع * له ان المبيع مجهول الوصف وجهالته تمنع الجواز * ولنا قوله صلى الله تعالى عليه وسلم من اشترى مالم يره فله الخيار اذا رآه * وفى البحر واراد بمالم يره مالم يره وقت العقد ولا قبله والمراد بالرؤية العلم بالمقصود من باب عموم المجاز فصارت الرؤية من افراد المعنى المجازى ليشمل ما اذا كان المبيع مما يعرف بالشم كالمسك وما اشتراه بعد رؤية فوجده متغيرا او ما اشتراه الاعمى * وفى القنية اشترى ما يذاق فذاقه ليلا ولم يره سقط خياره (وله) اى للمشترى (رده) اى الشئ الذى اشتراه ولم يره (اذا رآه مالم يوجد) من المشترى (ما يبطله) اى الخيار * وفى البحر اختلفوا اهل هو مطلق او موقت * فقيل موقت بوقت امكان الفسخ بعدها حتى لو تمكن منه ولم يفسخ سقط خياره وان لم توجد الاجازة صريحا ولا دلالة * وقيل يثبت الخيار له مطلقا فيكون له الفسخ فى جميع عمره مالم يسقط بالقول او بفعل ما يدل على الرضى * وهو الصحيح لاطلاق النص والعبرة لعين النص لا لمعناه (وان) وصلية (رضى قبلها) اى له الرد اذا رآه * وان قال قبل الرؤية رضيت لانه خيار ثبت شرعا فلا يسقط باسقاطهما بخلاف خيار الشرط والعيب * وفى شرح المجمع ثم ان اجازه بالقول قبل الرؤية لا يزول خياره لانه ثبت عند الرؤية فلا يبطل قبل وقتها وان اجازه بالفعل بان يتصرف فيه يزول كما سيجئ * واما الفسخ بالقول فجائز بالاتفاق قبل الرؤية لعدم لزوم العقد لان اللزوم يفيد تمام الرضى وتمامه بالعلم باوصاف مقصودة وهو غير حاصل قبل الرؤية (ولا خيار لمن باع مالم يره) لان النبى اثبت الخيار فى الشراء لا فى البيع ولقضاء جبير بن مطعم بمحضر من الاصحاب فى الشراء لا فى البيع * وهو قول الامام آخرا رجع اليه * وفى قوله الاول له الخيار اعتبارا بالمشترى كخيار العيب والشرط (ويبطل) من الابطال (خيار الرؤية ما يبطل خيار الشرط) من صريح ودلالة وضرورة فالفعل للامتحان لا يبطلها ان لم يتكرر كما فى اكثر المعتبرات * لكن فيه كلام لانه قد يحتاج الى التكرار اذا لم يعلم بالمرة الاولى تدبر (من تعيب وتعيب فى يده) قبل الرؤية بعيب لا يرتفع كقطع اليد لانه اخذه سليما فيمتنع ان يرده معيبا (وتعذر) مصدر مضاف معطوف على قوله تعيب (رد بعضه) بسبب هلاك بعضه لانه لو رد بعضه الباقى لزم تفريق الصفقة (وتصرف) من المشترى (لا يفسخ) صفة تصرف (كالاعتاق وتوابعه) من التدبير والاستيلاد (او) تصرف من المشترى (يوجب حقا للغير كالبيع المطلق) اى كالبيع بغير قيد الخيار (والرهن والاجارة) والهبة بتسليم (قبل الرؤية وبعدها) لان هذه الحقوق تمنع الفسخ فيلزم البيع ببطلان الخيار

فمعنى البطلان قبل الرؤية خروجه عن صلاحية ان يثبت له الخيار عند الرؤية (وما) اى التصرف الذى (لا يوجب حقا للغير كالبيع بالخيار والمساومة) اى العرض على البيع (والهبة بلا تسليم يبطل) خيار الرؤية (بعدها) اى بعد الرؤية لا قبلها لان هذه التصرفات لا تزيد على صريح الرضى فانه لا يبطل قبلها بل بعدها وهنا لا يوجد الا الدلالة على الرضى المجرد بخلاف الافعال السابقة فان فيها توجد مع الرضى حقوق زائدة فيبطل بعدها وقبلها * ثم اعلم ان قوله يبطل خيار الرؤية ما يبطل خيار الشرط غير منعكس فلا يقال ما لا يبطل خيار الشرط لا يبطل خيار الرؤية لانتقاضه بالقبض بعد الرؤية فانه يبطل خيار الرؤية والعيب لا الشرط وهلاك بعض المبيع لا يبطل خيار الشرط والعيب ويبطل خيار الرؤية * واورد صاحب البحر على الكنز والهداية فى هذا المحل فليطالع (وكفت رؤية وجه الرقيق) فى سقوط الخيار سواء كان امة او عبدا لان المقصود فى الرقيق وجهه لان سائر الاعضاء فيه تبع لوجهه لان القيمة فيه تتفاوت بتفاوته مع التساوى فى سائر الاعضاء (و) رؤية وجه (الدابة ٧ وكفلها) اى لا يسقط الخيار برؤية وجهها حتى ينظر الى كفلها لانه موضع مقصود منه كالوجه هو الصحيح كما فى المحيط * واكتفى محمد بالنظر الى وجهها اعتبارا بالآدمى * وشرط بعض العلماء رؤية القوائم وعن الامام فى البرذون والبغل والحمار يكفى ان يرى شيئا منه الا الحافر والذنب والناصية كما فى البحر (وفى شاة اللحم) اى الشاة التى لحمها مقصود (لا بد من الجس) وهو اللمس باليد لانه يعرف به اللحم المقصود (وفى شاة ٨ القنية) هى التى تحبس لاجل النتاج (لا بد من رؤية الضرع) لانه هو المقصود منها * وفى الجوهرة ولو اشترى بقرة حلوبا فرأى كلها ولم ير ضرعها فله الخيار لان الضرع هو المقصود لكن فى البحر لا بد من النظر الى ضرعها وسائر جسدها فليحفظ فان فى بعض العبارات ما يوهم الاقتصار على رؤية ضرعها اه فعلى هذا لو قال لا بد من رؤية الضرع مع جميع جسدها كما فى الاختيار لكان اولى تدبر (ورؤية ظاهر الثوب اذا لم يكن معلما كافية) لان برؤية ظاهره يعلم حال البقية اذ لا تتفاوت اطراف الثوب الواحد الا يسيرا (و رؤية علمه) كافية (ان) كان (معلما) لان ماليته تتفاوت بحسب علمه * اطلق فى هذا * لكن فى المحيط مقيد بما اذا كان مطويا * هذا اذا لم يخالف باطن الثوب ظاهره اما اذا اختلفا فلا بد من رؤية الباطن * قيل هذا فى عرفهم اما فى عرفنا فلم ير الباطن لا يسقط خياره لانه ليس بمثلى فلا يعرف كله بدون نشره ولا بد منه وهو قول زفر * وفى المبسوط الجواب على ما قال زفر وهو المختار كما فى اكثر المعتبرات * فعلى هذا ينبغى للمص ان يذكر قول زفر ويرجحه تأمل (ورؤية داخل الدار) كافية (وان) وصلية (لم يشاهد بيوتها) عند ائمتنا الثلثة (وعند زفر لا بد من مشاهدة البيوت وعليه) اى على قول زفر (الفتوى اليوم) قال فى التبيين وغيره وفى عامة الروايات اذا رأى صحن الدار او خارجها يسقط خياره * لكن هذا مبنى على عادة اهل الكوفة فى ذلك الزمان فان دورهم كانت على نمط واحد لا تختلف وذلك يظهر برؤية خارجها * واما فى زماننا اليوم فلا بد من النظر الى داخلها للتفاوت بيوتها ومرافقها قال بعض مشايخنا تعتبر

٧ الكفل بفتح الكاف والفاء العجز منه

٨ قنوت المال جمعه قنوا وقنوة * واقتنيته اتخذته لنفس قنية اى اصل مال للنسل لا للتجارة كما فى المغرب منه

رؤية ماهو المق فى الدور حتى لو كان فى الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان فتشترط رؤية الكل مع رؤية الصحن فلا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا فى بلد يكون مقصودا * وبعضهم اشترطوا رؤية الكل مع رؤية الصحن وهو الاظهر والاشبه كما قال الشافعى وهو المعتبر فى ديارنا * وفى الخزانة ان الفتوى فى بيت الغلة على انه تكفى رؤية خارجه لانه غير متفاوت وتكفى فى البستان رؤية خارجه ورؤس اشجاره فى ظاهر الرواية لكن فى البحر قالوا لابد فى البستان من رؤية ظاهره وباطنه وفى الكرم لابد من رؤية عنب الكرم من كل نوع شيئا وفى الرمان لابد من رؤية الحلو والحامض * ولو اشترى دهنا فى زجاجة فرؤيته من خارج الزجاجة لا تكفى حتى يصبه فى كفه عند ابى حنيفة لانه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل * وكذا لو اشترى سمكا فى ماء يمكن اخذه من غير اصطياد فرآه فى الماء فرؤيته لا تسقط خياره وهو الصحيح (وان رأى بعض المبيع فله الخيار اذا رأى باقيه) لانه لو لزمه يكون الزاما للبيع فيما لم يره وانه خلاف النص وكذا الاجازة فى البعض لا يكون اجازة فى الكل ولا تصح الاجازة فى البعض ورد الباقى كما فى الاختيار (ومايعرض بالانموذج كالمكيل والموزون فرؤية بعضه كرؤية كله) وفى الاختيار والاصل اذا كان البيع اشياء ان كان من العدديات المتفاوتة كالثياب والدواب والبطيخ ونحوها لا يسقط الخيار الا برؤية الكل لانها تتفاوت وان كان مكيلا او موزونا وهو الذى يعرف بالانموذج او معدودا متقاربا كالجوز فرؤية بعضه تبطل الخيار فى كله لان المق معرفة الصفة وقد حصلت وعليه التعارف الا ان يجده اردى من الانموذج فيكون له الخيار وان كان المبيع مغيبا تحت الارض كالبصل والثوم بعد النبات ان علم وجوده تحت الارض جاز والا فلا فاذا باعه ثم قلع منه انموذجا ورضى به كان مما يباع كيلا كالبصل او وزنا كالثوم بطل خياره عندهما وعليه الفتوى للحاجة وجريان التعامل به وعنه ابى حنيفة لا يبطل وان كان مما يباع عددا كالفجل فرؤية بعضه لا تسقط خياره لما تقدم (وفيما يطعم لابد من الذوق) لانه المعروف للمق وان كان مما يشم فلابد من شمه كالمسك * وفى الولوالجية اشترا نافجة مسك فاخرج المسك منها ليس له الرد بخيار الرؤية والعيب لان الاخراج يدخل عليه عيبا ظاهرا حتى لو لم يدخل كان له ان يرد بخيار العيب والرؤية جميعا اه كما فى البحر (ونظر الوكيل بالشراء او القبض) اى قبض المبيع (كاف لا نظر الرسول) وفى الدرر اعلم ان هنا وكيلا بالشراء ووكيلا بالقبض ورسولا * صورة التوكيل بالشراء ان يقول الموكل كن وكيلا عنى بشراء كذا وصورة التوكيل بالقبض ان يقول كن وكيلا عنى بقبض ما اشتريته ومارأيته وصورة الرسالة ان يقول كن رسولا عنى بقبضه * فرؤية الوكيل الاول تسقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه * ورؤية الوكيل الثانى تسقط عند ابى حنيفة اذا قبضه بالنظر اليه فح ليس له ولا للموكل ان يرده الا من عيب واما اذا قبضه مستورا ثم رآه فاسقط الخيار فانه لا يسقط لانه اذا قبض مستورا ينتهى التوكيل بالقبض الناقص فلا يملك اسقاطه قصدا لصيرورته اجنبيا بل للموكل الخيار ورؤية الرسول لا تسقط الخيار بالاجماع (وعندهما) وهو قول الائمة الثلاثة (هو)

اى الرسول (كالو كيل) وفى الفرائد هذا سهو من قلم الناسخ والصواب ان يقال وعندهما الو كيل بالقبض كالرسول فى عدم اسقاط رؤيته الخيار لان عدم اسقاط رؤية الرسول الخيار متفق عليه* انما الخلاف فى الوكيل بالقبض اذا قبضه ناظرا اليه فان رؤيته تسقط الخيار عند الامام لان الوكيل بالقبض وكيل باتمام العقد وتمامه بتمام الصفقة وتمامها بسقوط خيار الرؤية فصار قبضه كقبض الموكل مع الرؤية بخلاف الرسول لانه غير نائب عن المشترى وعندهما لا يسقط برؤية الوكيل بالقبض لانه وكيل بالقبض لا باسقاط الخيار فلا يملكه مالم يصر وكيلا به وعبارة المص لا تقبل الاصلاح اصلا ولا يمكن ان يدعى انه من باب القلب على معنى ان الوكيل بالقبض كالرسول وهو اظهر من ان يخفى فلا يصار اليه اه* هذا ظاهر لكن يمكن ان يقال وعندهما كالوكيل بالقبض عندهما اى هما سواء فى عدم اسقاط رؤيتهما الخيار تأمل (وبيع الاعمى وشراؤه صحيح) وعند الشافعى فى قول لا يصح لكن لا وجه له اذ يلزم ان يموت جوعا لو لم يجد وكيلا بشراء مايطعم به (وله) اى للاعمى (الخيار اذا اشترى) لانه اشترى مالم يره ومن اشترى مالم يره فله الخيار اذا رأى بالحديث كما فى الهداية وفى العناية فيه نظر لان قوله عليه السلام لم يره سلب وهو يقتضى تصور الايجاب وهو انما يكون فى البصير فالاولى ان يستدل بمعاملة الناس العميان من غير نكير فان ذلك اصل فى الشرع بمنزلة الاجماع اه لكن اراد بتصور الايجاب وقوعه فغير لازم اذ غاية كون التقابل بينهما تقابل العدم والملكة ويكفى فيها امكان الرؤية بان يكون من شانه وذلك يتحقق بالآدمية وان لم يره دائما فيندفع به النظر (ويسقط بجسه) اى بجس الاعمى (المبيع) ان كان مما يعرف بالجس كالغنم مثلا (او شمه) ان كان مما يعرف بالشم كالمسك (اوذوقه) ان كان مما يعرف بالذوق كالعسل (فيما يعرف بذلك) اى بالجس او بالشم او بالذوق على سبيل البدل لان هذه تفيد العلم كالبصير فيقوم مقام الرؤية (وبوصف العقار له) اى للاعمى لانه لا سبيل الى معرفته الا به حتى يسقط خياره بعد ذلك وعن ابى يوسف انه اشترط مع ذلك ان يوقف فى مكان لو كان بصيرا لرآه منه وقال الحسن يوكل وكيلا لقبضه له وهو يراه وهو اشبه بقول الامام وقال بعض ائمة بلخ يسقط خياره بمس الحيطان والاشجار مع الوصف وان ابصر بعد الوصف وبعد ما وجد منه مايدل على الرضى فلا خيار له لان العقد تم ولو اشترى البصير ثم عمى قبل الرؤية انتقل الى الوصف او جود العجز قبل العلم هذا كله اذا وجدت المذكورات من الشم والذوق والجس ونحوها من الاعمى قبل شرائه ولو وجدت بعده ثبت له الخيار بالمذكورات فيمتد الخيار مالم يوجد منه مايدل على الرضى من قول او فعل فى الصحيح (ومن رأى احد الثوبين فشراهما ثم رأى) الثوب (الآخر) فوجده معيبا (فله اخذهما او ردهما) اى رد الثوبين ان شاء لان رؤية احدهما لا يكون رؤية الآخر للتفاوت فى الثياب فيبقى الخيار فيما لم يره (لا رد احدهما) اى لا يرد المعيب وحده كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام على البائع لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ان قبضه مستورا ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء فيكون فسخا من الاصل (ومن رأى شيئا) قاصدا لشرائه عند رؤيته عالما بانه مرئيه وقت الشراء (ثم

شراه)بعدزمان(فوجده متغيرا تخير)لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره(والا) اى وان لم يتغير عن الصفة التى رآها عليها (فلا) يتخير لان العلم بالبيع قد حصل بالرؤية السابقة وقدرضى به مادام على تلك الصفة * وانما قيدنا قاصدا لشرائه عند رؤيته لانه لورآه لالقصد الشراء ثم اشتراه فله الخيار لانه اذا رأى لالقصد الشراء لايتأمل كل التأمل فلم تقع معرفة كما فى البحر * وانما قيدنا عالما بانه مرئيه وقت الشراء لانه لو لم يعلم عند العقد انه راه من قبل فحينئذ ثبت له الخيار لعدم الرضى به كما فى الهداية * فعلى هذا ان المص لو قيد هذين القيدين كما قيدنا لكان اولى تأمل (وان اختلفا فى تغيره) فقال المشترى قد تغير وقال البائع لم يتغير (فالقول للبائع) مع يمينه وعلى المشترى البينة لان التغير حادث وسبب اللزوم ظ * هذا اذا كانت المدة قريبة اما اذا كانت بعيدة فالقول للمشترى لان الظ شاهد له * وفى البحر ولايصدق فى دعوى التغير الا بحجة الا اذا طالت المدة والشهر طويل ومادونه قليل * وفى الفتح جعل الشهر قليلا (وان) اختلفا (فى الرؤية) فقال البائع له رأيت قبل الشراء وقال المشترى مارأيت اوقال له رأيت بعد الشراء ثم رضيت فقال رضيت قبل الرؤية فللمشترى اى فالقول للمشترى مع يمينه لان البائع يدعى امرا عارضا وهو العلم بالصفة والمشترى ينكره فالقول له * وفى البحر لواراد المشترى ان يرده فانكر البائع كون المردود مبيعا فالقول للمشترى وكذا فى خيار الشرط لانه انفسخ العقد برده وبقى ملك البائع فى يده فيكون القول قول القابض فى تعيين ملكه امينا كان او ضمينا كالمودع والغاصب فلو اختلفا فى الرد بالعيب فالقول للبائع (ومن اشترى عدل زطى) ولم يره وقبضه * والعدل المثل والزط جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية (فباع منه) اى من العدل (ثوبا اووهب) لآخر (وسلم فله ان يرده) اى للمشترى ان يرد مابقى (بعيب لابخيار رؤية اوشرط) لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفى رد مابقى تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها * بخلاف خيار العيب لتمامها معه بعد القبض وكلامنا فيه فان عاد اليه ذلك الثوب يفسخ وهو على خياره لزوال المانع وهو تفريق الصفقة وعن ابى يوسف لايعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدورى وصححه قاضيخان

فصل فى خيار العيب

اخر خيار العيب لانه يمنع اللزوم بعد التمام * واضافة الخيار الى العيب اضافة الشئ الى سببه (مطلق البيع) الاضافة من قبيل اضافة الصفة الى موصوفها * والتقدير البيع المطلق من شرط البراءة من كل عيب (يقتضى سلامة المبيع) عن العيوب لان الاصل هو السلامة وهى وصف مطلوب مرغوب عادة وعرفا والمطلوب عادة كالمشروط نصا (فلمن وجد فى مشريه) بفتح الميم وكسر الراء اسم مفعول من الشراء (عيبا) كان عند البائع ولم يره المشترى عند البيع ولا عند القبض اورآه ولكن لم يعلم انه عيب عند التجار فقبضه وعلم بذلك ينظر ان كان عيبا بينا لايخفى على الناس كالعور لم يكن له ان يرده وان كان يخفى يرد (رده) مبتدأ مؤخر خبره قوله فلمن (اواخذه) اى اخذ المشترى المبيع المعيب (بكل ثمنه) لانه مارضى عند العقد الا بوصف السلامة بدلالة الحال فعند فواتها يتخير (لاامساكه ونقص ثمنه) اى لايتخير بين امساكه وبين

اخذ نقصان الثمن لان الاوصاف لايقابلها شئ من الاثمان (الا برضى بائعه) اى بامساك المشترى المبيع المعيب ونقص ثمنه * والمراد عيب كان عند البائع وقبضه المشترى من غير ان يعلم به ولم يوجد من المشترى مايدل على الرضى به بعد العلم بالعيب (وكل مااوجب نقصان الثمن عند التجار فهو عيب) العيب مايخلو عنه اصل الفطرة السليمة وذكر المص ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجمال فقال وكل مااوجب نقصان الثمن فى عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية ونقصان المالية بانتقاص القيمة فالتضرر لانتقاص القيمة والمرجع فى معرفته عرف اهله كما فى العناية (فالاباق) كالكتاب لغة الاستخفاء وشرعا استخفاء العبد او الجارية عن المولى تمردا (ولو) وصلية (الى مادون السفر من صغير يعقل) هو يأكل ويشرب وحده (عيب) لفراره من العمل لخبث وفيه اشارة الى ان اباق الصغير الذى لايعقل ولا يميز ليس بعيب لانه ضال لحبه اللعب لا آبق * وفى القهستانى وليس باباق لو فر من محلة الى محلة او قرية الى بلد وان العكس فاباق اه لكن الاشبه ان كانت البلدة كبيرة مثل القاهرة يكون عيبا كما فى التبيين (وكذا السرقة) واللام للعهد اى سرقة صغير يعقل عيب وان لم يكن عشرة دراهم وقيل دون درهم ليس بعيب وفى غير عاقل لا لانها صادرة بلا فكر ولا فرق بين ان يسرق من مولاه او غيره لكن سرقة المأكول من المولى للاكل ليست بعيب (والبول فى الفراش) من صغير يعقل عيب لكونه من داء وفى غير عاقل لايعد عيبا لظهوره من ضعف المثانة ولعدم التدارك (وهى) اى الاباق والسرقة والبول فى الفراش (فى الكبير عيب آخر) ثم فرعه بقوله (فلو ابق اوسرق اوبال) فى الفراش (فى صغره) عند البائع (ثم عاوده) اى عاود كل واحد منها (عند المشترى فيه) اى فى الصغر (رد به) اى رد المشترى بكل واحد منها على البائع ان شاء لكونها عيبا قديما لاتحاد السبب * وهنا مسئلة عجيبة وهى ان من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول فى الفراش او تعيب عنده بعيب آخر كان له ان يرجع بنقصان العيب فلو رجع بنقصان العيب ثم كبر للبائع ان يسترد مااعطى من النقصان لزوال العيب بالبلوغ (وان ابق) اوسرق اوبال عند البائع فى صغره (ثم عاوده عنده) اى عند المشترى (بعد البلوغ لا) اى لا يرد به لان مايعاود بعد البلوغ يكون عيبا آخر لاختلاف السبب (والجنون) المطبق وقيل اكثر من يوم وليلة وقيل من ساعة (عيب) فى الغلام والجارية (مطلقا) سواء كان فى حال صغره او كبره (فلو جن فى صغره) عند البائع (وعاوده عند المشترى فيه) اى فى صغره (اوفى كبره رد به) لان الثانى عين الاول اذ معدن العقل هو القلب وشعاعه فى الدماغ والجنون انقطاع هذا الشعاع وهو لايختلف باختلاف السن * قيل يكفى فى الرد جنونه عند البائع فقط * لكن الصحيح انه لم يرد بدون المعاودة وعليه الجمهور (والبخر) بفتحتين والخاء المعجمة نتن رائحة الفم * وفى البزازية نتن رائحة الانف (والذفر) بفتحتين والذال المعجمة شدة الريح طيبة او خبيثة و مرادهم نتن الابط وبالدال المهملة مصدر دفر اذا خبث رائحته وبالسكون اسم منه كما فى الطلبة وغيره ومن الظن ان فى المغرب مرادهم منه حدة الرائحة منتنة او طيبة فانه قال اراد منه الصنان

بضم المهملة وهو نتن الابط على ان عدالرائحة الطيبة من العيوب عيب لايخفى على عاقل كما فى القهستانى (والزنى والتولدمنه) اى من الزنى كل من هذه الاربعة (عيب فى الجارية) لان ذلك يخل بالمق منها فالبخر والزفر يخل بالقرب للخدمة والزنى بالاستفراش والتولد من الزنى بطلب الولد (لافى الغلام) اى ليس هذه الاشياء عيبا فى العبد لان المط منه الاستخدام من بعد وهذه الاشياء لاتخل به (الاان يكون) البخر والذفر (من داء) وهو استثناء من مقدر تقديره الاان المذكور لايكون عيبا فى الغلام فى كل الاحوال الاان يكون البخر والذفر فاحشا بحيث يمنع القرب من المولى او يكون الزنى عادة له بان تكرر اكثر من مرتين* ولايشترط المعاودة عند المشترى فى الزنى كما فى اكثر الكتب* فعلى هذا لو قال بعده اويكون الزنى عادة له لكان اولى قيل ان البخر عيب فى الامرد وهو الاصح كما فى الخلاصة* وفى العمادية لو كان الغلام يلاط به مجانا فهو عيب وبالاجر ليس بعيب وعند الائمة الثلاثة ان ماذكر عيب فى العبد ايضا (والاستحاضة عيب) لان استمرار الدم علامة الداء (وكذا عدم حيض بنت سبع عشرة سنة لااقل) قيد بسبع عشرة لانه اقصى زمن البلوغ عند الامام *وعندهما خمس عشرة سنة لان الحيض هو الاصل فى بنات آدم * وهو صحة فاذا لم تحض فالظاهر انه من دائها * ولذا قالوا لاتسمع دعواه بانقطاعه الااذا ذكر سببه من داء اوحبل لان ارتفاعه بدونهما لايعد عيبا والمرجع فى الحبل الى قول النساء وفى الداء الى قول طبيبين عدلين (ويعرف ذلك) اى المذكور من الاستحاضة وعدم الحيض (بقول الامة) لانه لايعرفه غيرها ولكن لاترد بقولها (فترد) الامة (اذا انضم اليه) اى الى قول الامة (نكول البائع قبل القبض وبعده) يعنى اذا قالت الامة ذلك وانكره البائع يستحلف فان نكل سواء كان قبل القبض اوبعده ترد عليه بنكوله فى ظاهر الرواية (هو الصحيح) وعن ابى يوسف ترد بلا يمين البائع لضعيف البيع قبل القبض حتى يملك المشترى الرد بلا قضاء ولا رضاء وصح الفسخ للعقد الضعيف بحجة ضعيفة* قالوا فى ظاهر الرواية لايقبل قول الامة فيه ذكره الكافى ولو ادعى انقطاعه فى مدة قصيرة لم تسمع واقلها ثلثة اشهر عند الثانى واربعة اشهر وعشر عند الثالث ابتداؤها من وقت الشراء وحاصله انه اذا صحح دعواه سئل البائع فان صدقه ردت عليه والا لم يحلف عند الامام كما سيأتى وان اقر به وانكر كونه عنده حلف فان نكل ردت عليه ولاتقبل البينة على ان الانقطاع كان عند البائع للتيقن بكذبهم بخلاف الشهادة على الاستحاضة كما فى البحر وغيره (والكفر عيب فيهما) اى فى الغلام والجارية لعدم الائتمام على المصالح الدينية *وعند الشافعى ليس بعيب ومن اغرب ماذكره الزيلعى رواية عن الشافعى انه لو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما رده حيث يكون الاسلام عيبا ولايكون الكفر عيبا (وكذا الشيب) بالشين المعجمة عيب * وكذا الشمط وهو اختلاط البياض بالسواد فى الشعر لانه فى غير اوانه دليل الداء وفى اوانه دليل الكبر فيصير عيبا على التقديرين* وكذا الصهوبة بضم المهملة حمرة الشعر اذا فحشت بحيث تضرب الى البياض (والدين) لان ماليته تكون مشغولة به والغرماء مقدمون على المولى * اطلقه فشمل دين العبد

والجارية واما اذا كان مطالبابه للحال او متأخرا الى مابعد العتق مأذونا او محجورا وليس كذلك بل المراد الدين الذى يطالب به فى الحال بسبب الاذن * لا الدين المؤجل الى العتق ولا المحجور لان دينه لا يطلب الا بعد العتق فلا يكون عيبا كما فى البحر وغيره * فعلى هذا لو قيده بهذين القيدين لكان اولى تأمل (والسعال القديم) يعرفه الاطباء واما السعال الحادث فليس بعيب لانه يزول (والشعر والماء فى العين) لانهما يضعفان البصر ويورثان العمى * ولا خصوصية لهما بل كل مرض بالعين فهو عيب * ومنه السبل وكثرة الدمع والغرب فى العين والعشى وهو ضعف البصر بحيث لا يبصر فى الليل والعمش والشتر والحول والحوص وهو نوع من الحول والجرب فى العين وغيرها * وقد ذكر المص اولا ضابطة العيب ثم ذكر عددا من العيوب ولم يستوفها لكثرتها فلا بأس بتعداد ما اطلعنا عليه فى كلامهم تكثير اللفوائد فمن العيوب المشتركة بين العبد والامة الشلل والشم والصمم والخرس والعرج والسن الساقطة والشاغية و السوداء والخضراء وفى الصفراء خلاف ووجهها والاصبع الزائدة والناقصة والظفر الاسود المنقص للثمن والعسر وهو العمل باليسار عجزا والثؤلول والخال ان كانا قبيحين منقصين والكذب والنميمة وترك الصلاة وغيرها من الذنوب والنكاح والقمار بالنرد ونحوه والامراض والكى وتشنج فى الاعضاء وكثرة الاكل وقيل فى الجارية عيب لا فى الغلام ولا شك انه لا فرق اذا افرط وعدم استمساك البول والحمق وغيرها * ومن المختصة بالعبد العنة والخصى بخلاف ما لو وجد فحلا اذا اشترى على انه خصى والفتق والادرة وعدم الختان اذا كان كبيرا اوالرعونة واللين فى الصوت والتكسير فى المشى ان كثر فان قل لا وحلوق اللحية او منتوفها اذا اشترى امرد والتخنث بالعمل القبيح وشرب الخمر * ومن المختصة بالامة الرتق والقرن والعفل والحبل والمغنية وعدم رجعى والولادة عند البائع او قبله وثقب فى الاذنين ان واسعا او محترقة الوجه لا يدرى حسنها من قبحها بخلاف ما اذا كانت دميمة او سوداء * وفى البزازية وان اشتراها على انها جميلة فوجدها قبيحة ترد وكل عيب يمكن المشترى من ازالته بلا مشقة لا يرد به كاحرام الجارية ومنها ما فى الحيوانات من الحرون والحزن والجمح والفدع والصكك والفحج والمشش والدخس وخلع الرسن والجمام والصدف والشدق والعثر والعزل وقلة الاكل ومص لبنها جميعا وعدم الحلب ان كانت مثلها تشترى للحلب وان للحم لا وما يمنع التضحية فى المضحى ومما فى غيرها الهشم والحرق والعفونة وكون الحنطة مسوسة وضيق احد الخفين لا كلاهما والنقب الكبير فى الجدار وكثرة بيوت النمل فى الكرم او كان فيه ممر الغير او مسيل الغير والنزو السبخ وكون الاية ساقطة او الخطأ فى المصحف وعدم مسيل فى الدار وعدم الشرب فى الارض او مرتفعة لا تسقى ونجاسة ما ينقصه الغسل * وذكر قاضيخان ان فوات المشروط بمنزلة العيب (فان ظهر عيب قديم) اى كائن عند البائع (بعد ما حدث عند المشترى عيب آخر رجع بالنقصان) لانه تعذر الرد بسبب العيب الحادث وطريق معرفته ان يقوم وبه هذا العيب ثم يقوم وهو سالم فاذا عرف التفاوت بين القيمتين يرجع عليه بحصته من الثمن

(كثوب شراه فقطعه) اى الثوب (فاطلع) اى المشترى (على عيب وليس له الرد) بل يرجع بالنقصان كما بيناه آنفا (الا ان يرضى البائع) استثناء من المسئلتين جميعا (باخذه كذلك) اى معيبا او مقطوعا (فله) اى للبائع (ذلك) اى الاخذ لان الامتناع لحقه فاسقط حقه بالرضى (حتى لو باعه المشترى) بعد ما حدث عيب آخر (سقط رجوعه) بالنقصان لانه صار حابسا له بالبيع اذ الرد غير ممتنع بالقطع برضاء البائع فكان مفوتا للرد بخلاف ما اذا خاطه ثم باعه حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان لانه لم يصر حابسا له بالبيع لامتناع الرد قبله بالخياطة من غير علم بالبيع وبعد امتناع الرد لا تأثير له (فان خاط) المشترى بعد ما قطع (الثوب او صبغه احمر) قيد به لتكون الزيادة فى المبيع ثابتة اتفاقا لانه لو صبغه اسود يكون نقصانا عنده كالقطع وقالا يكون زيادة (اولت السويق بسمن) اى لو كان المبيع سويقا فخلطه بسمن (ثم ظهر عيبه رجع) على البائع (بنقصانه) لتعذر الرد بسبب الزيادة وحاصله ان الزيادة نوعان متصلة وهى قسمان متولدة من الاصل كالجمال حيث لا يمنع الرد فى ظاهر الرواية وغير متولدة منه كالصبغ فانه يمنع ومنفصلة وهى ايضا نوعان متولدة من المبيع كالولد والثمر فانه يمنع الرد اذا حدث بعد القبض واما اذا حدث قبل القبض فلا وغير متولدة منه كالكسب فانه لا يمنع الرد بالعيب والفسخ فاذا فسخ تسلم الزيادة للمشترى مجانا (وليس لبائعه ان يأخذه) قطعا لحق الشرع وان رضى به المشترى لوجود الربا (حتى لو باعه) اى المشترى الثوب المخيط او المصبوغ بالحمرة او السويق الملتوت بالسمن (بعد رؤية عيبه لا يسقط الرجوع) لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع * وعن هذا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان بخلاف ما لو كان الولد كبيرا لان التمليك حصل فى الاول قبل الخياطة وفى الثانى بعدها بالتسليم اليه * وهذا معنى ما فى الفوائد الظهيرية من ان الاصل ان كل موضع يكون المبيع قائما على ملك المشترى ويمكنه الرد برضى البائع فاخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان وكل موضع يكون المبيع قائما على ملكه ولا يمكنه الرد وان قبله البائع ثم فاخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان كما فى البحر (ولو اعتق) المشترى المبيع (بلا مال او دبر او استولد) قبل العلم بالعيب لانه بعد العلم لا يرجع (ثم ظهر العيب رجع) بنقصان العيب * اما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع وهو قول زفر لان امتناع الرد بفعله فصار كالقتل * وفى الاستحسان يرجع وهو قول الشافعى واحمد لان العتق انهاء الملك لان الآدمى ما خلق فى الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه على خلاف الاصل موقتا الى الاعتاق فكان انهاء كالموت * وهذا لان الشئ يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر * ولهذا يثبت الولاء بالعتق وهو من آثار الملك فبقاؤه كبقاء الملك * والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانهما وان كانا لا يزيلان الملك الا ان المحل بهما يخرج من ان يكون قابلا للنقل من ملك الى ملك فقد تعذر الرد مع بقاء الملك فيرجع بالنقصان لانه استحق المبيع بوصف السلامة وصار كما لو تعيب عنده (وكذا) يرجع بنقصان العيب (ان ظهر) عيب قديم (بعد موت المشترى) لان الملك ينتهى به والامتناع حكمى لا بفعله (وان اعتق) المبيع

(على مال او قتل لا يرجع بشئ) لانه حبس بدله فى الاعتاق على مال وحبس البدل كحبس المبدل* وعن الامام وهو قول ابى يوسف والشافعى انه يرجع لان البدل والمبدل ملكه فصار كالاعتاق مجانا* والكتابة كالاعتاق على مال لحصول العوض فيها * واما القتل فلانه لا يوجد الامضمونا * وانما يسقط هنا باعتبار الملك ان لم يكن مديونا فان كان مديونا ضمنه السيد فصار كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة* هذا ظاهر الرواية* وعن ابى يوسف انه يرجع لان المقتول ميت باجله فكانه مات حتف انفه (وكذا) لا يرجع بالنقصان (لو اكل الطعام كله او بعضه) حال كونه فى وعاء واحد فان كان فى وعائين فاكل ما فى احدهما او باع ثم علم بعيب كان بكل ذلك فله رد الباقى بحصته من الثمن كما فى الحقائق (او لبس الثوب فتخرق) ثم اطلع على عيب (لا يرجع) بالنقصان عند الامام (خلافا لهما) فانه يرجع بالنقصان عندهما* وفى المنح ثم قال ابى يوسف يرد ما بقى ان رضى البائع لان استحقاق الرد فى البعض دون الكل فيتوقف على رضاه* وقال محمد يرد الباقى مطلقا الا ان رده ممكن حيث لا يضره التبعيض ورجع بالنقصان فيما اكله لتعذر رده* وعند الامام لا يرجع بشئ وقد اعتمده صاحب الكنز وغيره * قال فى النهاية وقال لا يرجع استحسانا فى الاكل ثم قال وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق وعنهما يرد ما بقى ويرجع بنقصان ما اكل وعليه الفتوى وفى البحر ان الفتوى على قولهما فى الرجوع بالنقصان كما فى الخلاصة وفى المجتبى لو اكل بعض الطعام يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقى عند محمد وبه يفتى* وان باع نصفه لا يرجع بنقصانه ويرد ما بقى عنده وبه يفتى ايضا * ولو اشترى طعاما فاطعمه ابنه او امرأته او مكاتبه او ضيفه لا يرجع وان اطعم عبده او مدبره او ام ولده يرجع لان ملكه باق ولو اشترى سمنا ذائبا واكله ثم اقر البائع انه كان وقعت فيه فأرة رجع بالنقصان عندهما وبه يفتى كما فى البحر* وفى القنية ولو كان غزلا فنسجه او فيلقا فجعله ابريسما ثم ظهر انه كان رطبا وانتقص وزنه رجع بنقصان العيب بخلاف ما اذا باع (وان شرى بيضا او جوزا او بطيخا او قثاء او خيارا فكسره) قيد به لانه لو اطلع قبل كسره فانه يرده (فوجده فاسدا) بان كان منتنا او مرا (فان كان ينتفع به) فى الجملة بان صلح لاكل بعض الناس او الدواب (رجع بنقصانه) دفعا للضرر بقدر الامكان * ولا يرده لان الكسر عيب حادث الا ان يقبلها البائع مكسورا ويرده الثمن * وقال الشافعى يرده (والا) اى وان لم ينتفع به اصلا (فبكل ثمنه) او يرجع بجميع الثمن لانه ليس بمال فكان البيع باطلا* ولا يعتبر فى الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب بخلاف بيض النعامة اذا وجده فاسدا بعد الكسر فانه يرجع بالنقصان لان ماليته باعتبار القشر (ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل كالواحد والاثنين فى المائة صح البيع) استحسانا لعدم خلوه عادة ولا خيار له كالتراب فى الحنطة الا ان يعده الناس عيبا فله الرد (والا) اى وان لم يكن قليلا بل كثيرا (فسد) البيع فى الكل (ورجع بكل ثمنه) عند الامام لجمعه فى العقد بين ما له قيمة وما لا قيمة له* وعندهما يجوز فى حصة الصحيح منه* وقيل يفسد العقد فى الكل اجماعا * ولو قال الص فوجده معيبا مكان فاسدا لكان

اولى لان من عيب الجوز قلة لبه وسواده تدبر * وفى الفتح لو اشترى دقيقا فخبز بعضه وظهر انه مر رد مابقى ورجع بنقصان ماخبز وفى البحر اشترى عددا من البطيخ او الرمان او السفرجل فكسر واحدا واطلع على عيب رجع بحصته من الثمن لاغير ولا يرد الباقى الا ان يبرهن ان الباقى فاسد ولو وجد فى المسك رصاصا ميزه ورده بحصته قل اوكثر (ومن باع ماشراه) بآخر (فرد عليه) اى بائع ماشراه (بعيب) اى بسبب عيب (بقضاء) بعد قبضه (باقرار) و معنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة كما فى الهداية وانما اول بهذا لانه لو لم ينكر الاقرار لايحتاج الى القضاء بل رد عليه باقراره بعيب فاذا رد به بلا قضاء لا يرد على بائعه كما فى اكثر الشروح لكن لاحاجة الى هذا التأويل لانه يمكن ان لاينكر قراره مع انه لا يرضى بالرد فيرد بالقضاء فلا يكون بيعا لعدم الرضى كما فى التسهيل (اونكول) عن اليمين (او بينة رده على بائعه) الاول لانه بالقضاء فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء كما فى الهداية ومنهم من جعله قول ابى يوسف * وعند محمد ليس له ان يخاصم بائعه لتناقضه وغايته على انه سبق منه جحود نصا بان قال بعته ومابه هذا العيب وانما حدث عندك ثم رد عليه بقضاء ليس له ان يخاصم بائعه * ومنهم من حملها على ما اذا كان ساكتا والبينة تجوز على الساكت ويستحلف الساكت ايضا لتنزيله منزلة منكر كما فى البحر (ولو قبله برضاء لا يرده عليه) اى بائعه الاول * وقيل فى عيب لايحدث مثله كالاصبع الزائدة يرد للتيقن به عند البائع الاول والاصح انه لا يرد عليه فى الكل كما فى الرمز * هذا اذا كان الرد بعد القبض * اما قبله فله ان يرده على بائعه الاول وان كان بالتراضى فى غير العقار كما فى المنح وغيره (ومن قبض ماشراه ثم ادعى عيبا لايجبر) المشترى (على دفع ثمنه) الى البائع لاحتمال ان يكون صادقا فى دعواه (بل يبرهن) المشترى اى يقيم البينة لاثبات العيب بانه وجد بالمبيع عند المشترى لانه ان لم يوجد عنده ليس له ان يرده وان كان عند البائع لاحتمال انه زال فاذا برهن انه وجد عنده يحتاج ان يبرهن ايضا ان هذا العيب كان به عند البائع لاحتمال انه حدث عنده او يحلف بائعه على قولهما الا انه ان اقر به لزمه فاذا انكره يحلف فان حلف برئ وان نكل ثبت قيام العيب للحال ثم يحلف ثانيا على ان هذا العيب لم يكن فيه عنده فان حلف برئ نكل فسخ القاضى العقد بينهما (فان قال) الظ بالواو (شهودى غيب) جمع غائب (دفع) الثمن (ان حلف بائعه) لان فى الانتظار ضررا بالبائع وليس فيه كثير ضرر على المشترى لانه متى اقام البينة رد عليه المبيع واخذ ثمنه (ولزم العيب ان نكل) البائع لان النكول حجة فيه * بخلاف الحدود * وفى عبارة الهداية هنا كلام فليراجع شرحها (ومن ادعى) اى المشترى (اباق مشريه) اى اباق الرقيق الذى اشتراه فانكر البائع (يبرهن) المشترى (اولانه) اى الرقيق (ابق عنده) يعنى لاتسمع دعوى المشترى هذه حتى يثبت وجود العيب عنده فان اقام بينة انه ابق عنده تسمع دعواه بعد ذلك (ثم يحلف بائعه) على البتات مع انه فعل الغير * ويقال فى كيفية التحليف (بالله لقد باعه وسلمه ومابق قط)

وفى المنح هذا هو الاحوط اه *لكن فى هذا الوجه ترك النظر للبائع لان قوله وما ابق قط شامل للاباق من الغاصب اذا لم يعلم منزل مولاه او لم يقدر على الرجوع اليه وليس بعيب (او بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذى يدعى) المشترى (او بالله ما ابق عندك قط) كما فى الكنز * لكن قال المتأخرون فيه ترك النظر للمشترى لانه لا يتناول الاباق من المودع والمستأجر والمستعير والغاصب لا الى منزل مولاه مع القدرة على الرجوع اليه مع انه عيب (لا) يحلف بان يقال (بالله لقد باعه وما به هذا العيب) لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد وبه يتضرر المشترى (او لقد باعه وسلمه وما به وهذا العيب) اذ يمكن ان يأول البائع كلامه ويريد ان العيب لم يكن موجودا عند البيع والتسليم معا فيتضرر المشترى (وفى اباق الكبير) اى اذا كانت الدعوى فى اباق الكبير (يحلف بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال) لان الاباق فى الصغر لا يوجب الرد *وفى الدرر ينبغى ان يكون الحكم فى البول فى الفراش والسرقة ايضا كذلك لاشتراكها فى العلة واليه اشار فى غاية البيان بقوله وذلك لان اتحاد الحالة شرط فى العيوب الثلثة (وعند عدم بينة المشترى على اباقه عنده) اى المشترى (يحلف البائع عندهما انه ما يعلم انه) اى العبد (ابق عنده) اى المشترى لان الدعوى صحيحة حتى تترتب عليها البينة فكذا اليمين (واختلفوا على قول الامام) فقيل يحلف * وقيل لا * وهو الاصح لان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب (فان نكل) البائع من اليمين (على قولهما) ثبت اباقه عند المشترى و (حلف ثانيا) للرد (كما مر) فان بنكوله ثبت العيب عند المشترى *هذا فى العيوب التى لا تظهر للقاضى ولا يعرف اهى حادثة عند المشترى ام لا* واما العيوب التى لا يحدث مثلها كالاصبع الزائدة والناقصة والعمى فان القاضى يقضى بالرد من غير تحليف لتيقنه بوجوده عند البائع الا اذا ادعى البائع رضاه واثبته بطريقه (ولو قال بائعه بعض التقابض) اى بعد قبض المشترى المبيع والبائع الثمن (بعتك هذا مع آخر وقال المشترى) لا (بل) بعت هذا (وحده فالقول له) اى للمشترى مع اليمين لان القول للقابض امينا كان او ضمينا كما فى الوديعة والغصب (وكذا) يكون القول للمشترى (لو اتفقا فى قدر المبيع واختلفا فى المقبوض) لما بيناه من ان القول للقابض (ولو اشترى عبدين صفقة) اى فى عقد واحد (وقبض احدهما ووجد بالمقبوض او لآخر عيبا ردهما) اى العبدين جميعا (او اخذهما) جميعا (ولا يرد المعيب وحده) اى ليس للمشترى ان يرده وحده لان فيه تفريق الصفقة قبل التمام *وعن ابى يوسف انه يرد المقبوض خاصة لان الصفقة فيه تمت لتناهيها فيه *والاصح الاول لان تمام الصفقة يتعلق بقبض المبيع * وهو اسم للكل (الا ان ظهر العيب بعد قبضهما) لانه تفريق بعد التمام فلا يمنع الرد وحده * خلافا لزفر * ووضع المسئلة فى عبدين لكونه مما يمكن الانتفاع باحدهما * لانه او لم يمكن كما اذا اشترى خفين ووجد فى احدهما عيبا لا يرد المعيب خاصة اتفاقا لانهما فى المعنى والمنفعة كشئ واحد والمعتبر هو المعنى *ولهذا قالوا اشترى زوجى ثور وقبضهما ثم وجد باحدهما

عيبا وقد الف احدهما الآخر بحيث لايعمل بدونه لايملك رد المعيب خاصة (ولو) كان المبيع كيليا اووزنيا من نوع واحد و(وجد بعض الكيلي اوالوزني معيبا بعد القبض رد كله اواخذه) اى اخذ كله بعيبه لانه كالشئ الواحد فليس له ان يأخذ البعض سواء كان قبل القبض اوبعده كالثوب الواحد اذا وجد ببعضه عيبا بخلاف العبدين * وقوله بعد القبض اتفاقي واو تركه لكان اولى تدبر (وقيل هذا) اى الخيار بين رد الكل اواخذه (ان لم يكن فى وعائين والا) اى وان كان فى وعائين (فهو كالعبدين) حتى يرد الوعاء الذى وجد فيه العيب وحده (واو استحق بعضه) اى بعض الكيلي اوالوزني (بعد القبض ليس له رد مابقى بخلاف الثوب) قال صاحب المنح استحق بعض المبيع فان كان استحقاقه قبل القبض خير فى الكل لتفريق الصفقة وان بعد القبض خير فى القيمي لافى غيره لان التبعيض فى القيمي كالثوب عيب فيخير بخلاف المثلي وقال ظهير الدين اذا استحق نصف الدار شائعا فالمشترى بالخيار عندنا ان شاء رد مابقى ورجع بجميع الثمن وان شاء امسك مابقى ورجع على البائع بثمن المستحق * وان استحق منها موضع بعينه ان كان قبل القبض فهو بالخيار وان بعد القبض فلا خيار له ويرجع بثمن المستحق * وقال الخصاف له ان يرد الكل ويرجع بالثمن * وفى شرح الطحاوى اذا اشترى شيئا ثم استحق بعضه فان كان شيئا لايمكن تمييزه الابضرر كالدار والارض والكرم والعبد يخير المشترى والافلا * وان قبض المشترى احد المبيعين فيما اذا وقع البيع على شيئين فحكمه حكم ماقبله قبضهما فثبت الخيار للمشترى سواء ورد الاستحقاق على المقبوض اوغيره لتفريق الصفقة قبل التمام (ومداواة) المشترى (المعيب بعد رؤية العيب وركوبه) اى ركوب المعيب بعدها * وكذا الاجارة والرهن والكتابة والعرض على المبيع واللبس والسكنى (رضى) لانه دليل الاستبقاء * وفيه اشارة الى ان الاستخدام بعد العلم لايكون رضى استحسانا لان الناس يتوسعون فيه وهو للاختيار كما فى البحر * وفى البزازية الصحيح ان الاستخدام بعد العلم فى المرة الثانية رضى الا اذا كان فى نوع آخر * وفى التنوير اشترى جارية لها ابن فارضعت صبيا له ثم وجد بها عيبا كان له ان يردها كما لو استخدمها وفى الغرر اشترى جارية ولم يتبرأ من عيوبها فوطئها اوقبلها اولمسها بشهوة ثم وجد بها عيبا لم يردها مطلقا ويرجع بالنقصان الا اذا رضى البائع (ولو ركبه لرده) على البائع (اوسقيه اوشراء علفه ولابد له منه فلا) اى لايكون بهذه الاشياء رضى بالعيب للاحتياج اليه وقيل الركوب للرد لايكون رضى كيف ما كان * وفى البحر ادعى عيبا فى حمار فركبه ليرده فعجز عن البينة فركبه جائيا فله الرد ولو ركب لينظر الى سيرها فهو رضى وفى الفتح وجد بالدابة عيبا فى السفر وهو يخاف على حمله حمله عليها ويرد بعد انقضاء سفره وهو معذور (ولوقطع) يد العبد (المبيع بعد قبضه) اى المشترى (اوقتل بسبب) متعلق بقطع وقتل على التنازع (كان عند البائع رده واخذ ثمنه) فى صورة القطع * يعنى اشترى عبدا قد سرق عند البائع ولم يعلم به وقت الشراء او القبض فقطعت يده عند المشترى له ان يرده ويأخذ ثمنه عند الامام وكذا اذا قتل بسبب كان عند البائع لكن فى القتل

لارد بل اخذ الثمن (وقالا) لا يرده بل (رجع بفضل مابين كونه سارقا وغير سارق اوقاتلا وغير قاتل ان لم يعلم) المشترى (بالعيب عند الشراء والا) اى وان علم المشترى بالعيب عند الشراء (فلا) «والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وهو لا ينافي المالية فينفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه لتعذر الرد وله ان سبب الوجوب حصل في يد البائع والوجوب يفضى الى الوجود فيضاف الوجود الى السبب السابق* وقوله ان لم يعلم بالعيب يفيد على قولهما لان العلم بالعيب رضى به ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع» كما في البحر وغيره* وظاهر كلام المؤلف انه ليس بمخير بين امساكه والرجوع بنصف الثمن وليس كذلك بل هو مخير فله امساكه واخذ نصف الثمن لانه بمنزلة الاستحقاق لا العيب حتى لو مات بعد القطع حتف انفه رجع بنصف الثمن عنده كالاستحقاق* قيد بكون القطع عند المشترى لانه « لو قطعت عند البائع ثم باعه فمات عند المشترى به فانه يرجع بالنقصان عنده ايضا بالقطع* لانه لو اشترى مريضا فمات منه عند المشترى او عبدا زنى عند البائع فجلد عند المشترى فمات به رجع بالنقصان عنده ايضا* وكذا لو زوج امته البكر ثم باعها وقبضها المشترى ولم يعلم النكاح ثم وطئها الزوج لا يرجع بنقصان البكارة وان كان زوالها بسبب كان عند البائع» كما في الفتح (ولو تداولته الايدى) يعنى بعد وجوب سبب القطع في يد البائع او تداولته الايدى بالبياعات (ثم قطع في يد) المشترى (الاخير رجع الباعة) جمع بائع واصله بيعة على وزن نصرة (بعضهم على بعض) عند الامام (كما في الاستحقاق وعندهما يرجع) المشترى (الاخير على بائعه لا) يرجع (بائعه) اى بائع المشترى (على بائعه) كما في العيب* لان المشترى الاخير لم يصر حابسا المبيع حيث لم يبعه* ولا كذلك الآخرون فان البيع يمنع الرجوع بنقصان العيب كما تقدم (ولو باع بشرط البراءة من كل عيب صح وان) وصلية (لم يعد العيوب) عندنا لان الجهالة في الابراء لا تفضى الى النزاع وان تضمن التمليك لعدم الحاجة الى التسليم* وقال الشافعى لا يجوز لان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يجوز لان فيه معنى التمليك وهو يؤدى الى تمليك المجهول* وبه قال احمد وعند زفر البيع جائز والشرط فاسد اذا كان مجهولا حتى اذا ذكر العيوب وعددها صحت البراءة عنها* كان ابن ابى ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية مالم يره المشترى وقد جرت هذه المسئلة بينه وبين الامام الاعظم في مجلس ابى جعفر الدوانقى فقال له الامام ارأيت لو باع جارية في موضع المأتى منها عيب او غلاما في ذكره عيب اكان يجب على البائع ان يرى المشترى ذلك الموضع منها او منه ولم يزل يعمل به هكذا حتى افحمه وضحك الخليفة مما صنع به (ويدخل في البراءة) من العيوب العيب (الحادث قبل القبض عند ابى يوسف) وذكره مع الامام في المبسوط* وفي الخانية «انه ظاهر مذهبهما» لان المراد لزوم العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث (خلافا لمحمد) فانه قال «لا يدخل فيه الحادث اذ المتبادر هو البراءة عن العيب الموجود لا على العموم فلا يدخل المعدوم» واجمعوا انه لو ابرأه من كل عيب

به لا يدخل الحادث ولو قال ابرأتك من كل عيب وما يحدث لم يصح اجماعا فاستشكل على قول ابي يوسف لانه مع التنصيص لا يصح فكيف يصححه ويدخله بلا تنصيص ولكن هذا على رواية الاسبيجابي واما على رواية المبسوط فيصح الاشتراط باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد وفي المنح ابرأه من كل داء فهو على ما في الباطن في العادة وما سواه مرض اشترى عبدا فقال لمن ساومه اياه اشتره فلا عيب به فلم يتفق البيع فوجد به عيبا رده على بايعه ولا يمنعه من الرد عليه اقراره السابق ولو عينه بان قال لا عور به لا يرده لاحاطة العلم به قال عبدي هذا آبق فاشتره مني فاشتراه وباع من آخر فوجده الثاني آبقا لا يرده بما سبق من الاقرار ما لم يبرهن انه ابق عنده باع عبدا وقال البائع للمشتري برئت اليك من كل عيب به الا الاباق فوجده آبقا فله الرد ولو قال الا اباقه فوجده آبقا لا مشترى لعبد او امة قال اعتق البائع او دبر او استولد الامة او هو حر الاصل وانكر البائع حلف * فان حلف قضى على المشتري بما قاله لاقراره بما ذكر ورجع بالعيب ان علم به * او قال باعه وهو ملك فلان وصدقه فلان واخذه لا يرجع بالنقصان وجد المشتري بمشريه عيبا واراد الرد به فاصطلحا على ان يدفع البائع الدراهم الى المشتري ولا يرد عليه جاز وعلى العكس لا يصح * رضي الوكيل بالعيب لزم الموكل ان كان المبيع مع العيب يساوي الثمن والا لا ظهر عيب بمشترى الغائب عند القابض فوضع المبيع عند عدل فاذا هلك هلك على المشتري الا اذا قضى بالرد على بائعه والله اعلم

﴿ باب البيع الفاسد ﴾

اخره عن الصحيح لكونه عقدا مخالفا للدين لانه معصية يجب رفعها وعنونه به وان ذكر فيه الباطل باعتبار كثرة انواعه وغيره يذكر فيه بطريق الاستطراد قال بعض الفضلاء الفاسد كما يذكر في مقابلة الباطل كذلك يذكر في مقابلة الصحيح فيراد به ما يعم الباطل وهو المراد ههنا اه لكن فيه كلام لانه يلزم منه ان يشمل الصحيح اذا استعمل في مقابلة الباطل ولا وجه له تدبر واعلم ان البيوع على انواع صحيح وهو المشروع باصله ووصفه وباطل وهو ضده ولا يفيد الملك بوجه وفاسد وهو المشروع باصله دون الوصف ويفيد الملك اذا اتصل به القبض ومكروه وهو المشروع باصله ووصفه لكن جاوره شيء منهي عنه وموقوف وهو المشروع باصله ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير (بيع ما ليس بمال والبيع) اي بيع الشيء (به) اي جعله ثمنا بادخال الباء عليه كان يقول بعت هذا الثوب بهذه الميتة مثلا (باطل كالدم) المسفوح والميتة التي ماتت حتف انفها لا المنخنقة وامثالها مال عند اهل الذمة (والحر) لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال لان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد ممن له دين سماوي كما في اكثر الكتب لكن الحر مال في شريعة يعقوب عليه السلام حتى استرق السارق على ما قالوا فلا ينبغي ان يقال انه لم يكن مالا عند احد كما في القهستاني (وكذا) يبطل (بيع ام الولد والمدبر) المطلق الا بالقضاء القيام المالية ولذلك فصله وكذا كما في الايضاح وفي البحر ونفاذ القضاء ببيع ام الولد ضعيف وفي قضاء البزازية الاظهر عدم النفاذ لكن صحح في الفتح النفاذ بقضاء القاضي تدبر * قيدنا بالمطلق لان بيع المقيد جائز اتفاقا وعند الائمة الثلثة بيع المدبر جائز مطلقا (وكذا)

يبطل (بيع المكاتب) لانه استحق يدا على نفسه بعقد الكتابة فلا يتمكن المولى من فسخه وفى بيعه ابطال لذلك الاستحقاق اللازم فى حق المولى فلا يجوز (الا ان يجيزه) المكاتب ففيه روايتان اظهرهما الجواز لان رضاه به متضمن تعجيز نفسه (وكذا) يبطل (بيع ماله غير متقوم كالخمر والخنزير بالثمن) وهو الدراهم والدنانير حالا او مؤجلا لان الحق فى البيع عين المبيع لانها هى المنتفع بها لا عين الثمن لانها جعلت وسيلة اليه ولهذا يجوز ثبوته فى الذمة واذا جعلت الخمر مبيعة تكون مقصودة وفيه اعزاز والشرع امر باهانتها ولهذا يبطل بيعها (و) كذا يبطل (بيع قن ضم الى حر وذكية ضمت الى ميتة) ماتت حتف انفها (وان) وصلية بين ثمن كل عند الامام لان الحر غير داخل فى البيع اصلا لكونه غير مال وبضمه الى القن جعل شروط لقبول القن وجعل غير المال شرطا لقبول المبيع مبطل للبيع وكذلك الميتة (وعندهما يصح) البيع (فى العبد والذكية ان بين الثمن) لان الصفقة متعددة معنى بتفصيل الثمن والفساد بقدر المفسد فلا يتعداه كما لو جمع بين اخته واجنبية بالنكاح * لكن التنظير ليس بمحله لان النكاح لا يبطل بالشروط المفسدة ولا كذلك البيع تأمل (وصح) البيع (فى قن ضم الى) مملوك له من (مدبر) مطلق او مقيد او مكاتب او ام ولد فالمملوك اعم خلافا لزفر (او) ضم (الى قن غيره) اى غير البائع (بالحصة) اى صح بحصة القن فى الصورتين وان لم يبين الحصة لان بيع المدبر وام الولد جائز بالقضاء وبيع المكاتب برضاه كما بيناه فيصير محلا للبيع فدخلوا ابتداء فى العقد ثم خرجوا عنه لاستحقاقهم انفسهم باتصال الحرية بهم من وجه فصار جمع العبد مع كل منهم بمنزلة بيع عبدين استحق احدهما وبيع قن الغير يجوز موقوفا فيصير محلا للبيع * وفى الحقائق الجمع بين العبد ومعتق البعض كالجمع بين العبد والحر (وكذا) صح البيع (فى ملك ضم الى وقف فى الصحيح) بالنظر الى اصله الذى هو حبس العين على ملك الواقف فيجوز بيع الملك المضموم اليه بحصته وقيل لا يصح * وفى الفرائد هذا فى غير المسجد اما فى المسجد فلا يصح فى الملك المضموم اليه فلهذا لا يصح بيع قرية لم يستثن منها المساجد والمقابر اه * وفيه كلام لانه يصح فى الملك بصرف الكلام الى الاستثناء المعنوى وهو الاصح كما فى المحيط تدبر (وبيع العرض) اى غير الثمن (بالخمر او بالعكس) والاولى بالواو اى بيع الخمر بالعرض (فاسد) فى العرض فيملكه بالقبض فتجب قيمته لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فان الخمر عند البعض مال ولا يملك الخمر لبطلان البيع فى الخمر حتى لو هلكت عند المشترى لا تضمن لانها غير متقومة عند الشرع (وكذا بيعه) اى بيع العرض (بالخنزير) فاسد فى العرض باطل فى الخنزير كما فى الخمر * ولم يذكر بيع الخنزير بالعرض * وفى التسهيل وغيره فسد لو قوبل بخمر او خنزير او شعره بعين سواء بيعت به او بيع بها اذا امكن جعل العين مقصودا اه * فعلى هذا لو قال بيع العرض بالخمر او بالخنزير وبالعكس لكان اخصر واولى تدبر (ولا يجوز بيع طير فى الهواء) ومعناه ان يأخذ صيدا ثم يرسله من يده ثم يبيعه وانما قيدناه بذلك لان بيع الطير فى الهواء قبل ان يأخذه باطل كما فى البحر هذا اذا كان الطير يطير ولا يرجع اما اذا كان له وكر عنده يطير منه فى الهواء ثم يرجع

(اليه)

اليه جاز بيعه * والحمام اذا علم عودها وامكن تسليمها جاز بيعها لانها مقدورة التسليم كما في التبيين وغيره * فعلى هذا لو قيده بقوله لا يرجع لكان اولى تدبر (و) لا يجوز بيع (سمك لم يصد) لانه بيع ما لا يملكه كما في اكثر الكتب وهذا التعليل يفيد بطلانه لما تقرر من ان بيع ما لا يملكه باطل لا فاسد * لكن محل وقوعه فاسد ان كان بالعرض لانه مال متقوم لان التقوم بالاحراز ولا احراز كما في المنح * وفيه كلام لانه ينبغي ان يبطل لان السمك الذي لم يصد ليس بمال اصلا والبيع باطل فيه مطلقا كما قال بعض الفضلاء (او صيد والقي في حظيرة لا يؤخذ منها بلا حيلة) فانه فاسد للعجز عن التسليم (او دخل اليها) اي مسوقا الى الحظيرة (بنفسه ولم يسد مدخله) فانه لا يجوز * وفي الزاهدي اذا اجتمعت بنفسها فبيعها باطل كيف ما كان لعدم الملك (وان صيد والقي فيها) اي في الحظيرة (وامكن اخذه) اي السمك (بلا حيلة صح) بيعه لكونه مقدور التسليم* لكن اذا سلمه الى المشتري فله خيار الرؤية *قيل هذا اذا لم يهيء الحظيرة او الارض للاصطياد اما اذا هيأها له يملكها بلا خلاف (ولا) يجوز (بيع الحمل والنتاج) وفي الدرر جعل بيع النتاج باطلا وبيع الحمل فاسدا لان عدم الاول مقطوع به وعدم الثاني مشكوك فيه انتهى* لكن في البحر وغيره والحمل بسكون الميم بمعنى الجنين والنتاج حبل الحبلة والبيع فيهما باطل لنهيه عليه السلام عن بيعهما تدبر (و) لا يجوز بيع (اللبن في الضرع) فانه فاسد للغرر لاحتمال كونه انتفاخا ولانه تنازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره كما في المنح *لكن فيه كلام لانه في صورة كونه انتفاخا يقتضي ان يكون بيعه باطلا لانه مشكوك الوجود فلا يكون مالا تأمل *قال يعقوب باشا وعلى هذا ينبغي ان لا يجوز بيع الشيء الملفوف الموصوف لانه يحتمل ان لا يوجد شيء او وصفه المذكور مع انهم صرحوا بجوازه اه * وفيه كلام لان عدم وجدان الوصف المذكور لا يقتضي كون الآخر ان لا يكون مالا والشيء يقتضي المالية والانتفاخ ليس بمال والقياس غير جائز تدبر (وكذا) لا يجوز بيع (اللؤلؤ في الصدف) فانه فاسد للغرر وهو مجهول لا يعلم وجوده ولا قدره ولا يمكن تسليمه الا بضرر وهو الكسر كما في المنح *لكن في تعليله كلام لان المجهول الذي لا يعلم وجوده يقتضي ان يكون بيعه باطلا تأمل (والصوف على ظهر الغنم) لورود النهي عنه ولانه يزيد من الاسفل بغير انقطاع فيختلط الغير بالمبيع * وفي شرح الوقاية ويعود صحيحا ان قلع اه *لكن في السراج لو سلم في الصوف بعد العقد لم يجز ايضا ولا ينقلب صحيحا تأمل (خلافا لابي يوسف فيهما) فانه يجوز بيع اللؤلؤ في الصدف لتيسر التسليم ولا ضرر بالكسر لان الصدف لا ينتفع به الا بالكسر ولكن يخير لعدم الرؤية وكذا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم لقدرة التسليم (ولا) يجوز (بيع اللحم في الشاة) لاحتمال ان يكون مهزولا او سمينا فيفضي الى النزاع (و) لا يجوز بيع (ضربة القانص) وهو بالقاف والنون الصائد يقول بعتك ما يخرج من القاء هذه الشبكة مرة بكذا * وقيل بالعين والياء *قال في تهذيب الازهري نهي عن ضربة الغائص وهو الغواص بان يقول اغوص غوصة فما اخرجته من اللآلي فهو لك بكذا وهو بيع باطل لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد فكان غررا او لجهالة ما يخرج

وتمامه فى البحر فليراجع (و) لايجوز بيع (جذع) يعنى الجذع المعين لان غير المعين لايعود صحيحا كما فى الايضاح (فى سقف وذراع من ثوب) يضره التبعيض كالقميص (وان وصلية (ذكر قطعه) لانه لايمكن تسليمه الا بضرر * وقيدنا بالضرر لانه لو كان مما لايضره التبعيض كالكرباس فيجوز *وقول الطحاوى فى آجر من حائط وذراع من كرباس او ديباج لايجوز ممنوع فى الكرباس او محمول على كرباس يتعيب به واما مالا يتعيب فيه فيجوز كما فى البحر (فلو قلع الجذع) المعين (او قطع الذراع وسلم قبل الفسخ عاد صحيحا) لزوال المفسد قبل التقرر * بخلاف مااذا باع جلد الحيوان وذبحه وسلمه حيث لايعود صحيحا وبخلاف مااذا باع بذرا فى بطيخ ونحوه حيث لايصح وان شقه واخرج المبيع (ولا) يجوز بيع (المزابنة) ولو فيما دون خمسة اوسق خلافا للشافعى (وهى بيع الثمر) بالثاء المثلثة (على النخل بتمر) بالتاء المثناة (مجذود) اى مقطوع والمزابنة بيع التمر فى رؤس النخل بالتمر من الزبن وهو الدفع كما فى البحر (مثل كيله خرصا) اى حرزا وظنا لاحقيقيا لانه لو كان مثله كيلا حقيقيا لم يبق ماعلى الرأس تمرا بل تمرا مجذوذا كالذى يقابله من المجذوذ وانما لم يجز لنهيه عليه السلام عن بيع المزابنة لان الجهالة فى المماثلة تفضى الى الربا * وبيع العنب بالزبيب على هذا *وفى المنح وفيه كلام لانه فسر المزابنة بما سيجئ من بيع الثمر بالمثلثة على رأس النخل بتمر بالمثناة وهو خلاف التحقيق لان الثمر بالمثلثة حمل الشجر رطبا كان او بسرا او غيره واذا لم يكن رطبا جاز لاختلاف الجنس * والاولى ان يقال بيع الرطب بتمر (و) لايجوز بيع (المحاقلة وهى بيع البر فى سنبله ببر مثل كيله خرصا) لنهيه عليه السلام عنها ايضا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا موضوعين على الارض (ولا) يجوز (البيع بالملامسة والمنابذة والقاء الحجر بان يتساوما سلعة فيلزم البيع لو لمسها) اى السلعة (المشترى) وهذا بيع الملامسة (او وضع) المشترى (عليها حجرا) وهو البيع بالقاء الحجر (او نبذها) اى السلعة (اليه) اى الى المشترى (البائع) وهذا البيع بالمنابذة هذه بيوع كانت فى الجاهلية فنهى عنها * وقال صاحب الفرائد لو اخر قوله او وضع عليها حجرا عن قوله او نبذها لكان النشر على ترتيب اللف لكنه جعله مشوشا ولا بد من نكتة انتهى *والنكتة المناسبة بان اللمس والوضع من قبل المشترى والمنابذة من قبل البائع ولو اخره للزم الخلط والتفصيل تدبر (ولا) يجوز (بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع (الا بشرط ان يأخذ المشترى (ايهما شاء) فيجوز لاشتراطه خيار التعيين كما بيناه فى موضعه (ولا) يجوز (بيع المراعى) جمع المرعى *ولو افرد كما افرد البعض لكان اخصر * والمراد بالمرعى الكلاء النابت فى ارض غير مملوكة او فى ارض البائع بدون تسبب منه *قيدنا به لانه لو تسبب فى ذلك بان سقى الارض او هيأها للانبات جاز له بيع كلائها لانه ملكه حتى لو احتشه انسان بغير اذنه كان له استرداده *وقيل لايجوز بيعه لانه ليس بملكه لان الشركة فيه ثابتة بالنص وهو قوله عليه السلام الناس شركاء فى ثلث فى الماء والكلاء والنار (ولا اجارتها) اى لايجوز اجارة المراعى التى هى الكلاء لان اجارتها تقع على استهلاك عين غير مملوكة *ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استأجر

بقرة لايشرب لبنها لايجوز* وهذا اولى وانما فسرنا المرعى بالكلاء وجعلناه من اطلاق اسم المحل على الحال لان بيع رقبة الارض واجارتها جائزة بالاجماع كما فى الشمنى* وفى القهستانى المراعى بكسر العين جمع المرعى بفتحها وهو الرعى بكسر الراء الكلاء رطبا او يابسا كما فى الصحاح وغيره* فمن الظن انه من ذكر المحل وارادة الحال تتبع (ولا) يجوز بيع (النحل) بفتح النون وسكون الحاء المهملة حيوان يحدث منه العسل (بلا كوارات) جمع كوارة بضم الكاف وتشديد الواو معسل النحل اذا سوى من طين وغيره وهذا عند الشيخين لكونه من الهوام فلا ينتفع بعينه بل بما يخرج عنه فلا يكون نفسه مالا متقوما والشئ انما يصير مالا لكونه منتفعا به حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخى كما فى الهداية* وفى التبيين لو باعه مع الكوارة صح تبعا هكذا ذكره القدورى فى شرحه وذكر الكرخى انه لايجوز بيعه مع العسل والمتبادر من المتن جواز بيع النحل اذا انضم مع الكوارات وان لم يكن فيها عسل مع ان جوازه اذا كان فيها ذلك عند الشيخين على ما فى التبيين بما ذكره القدورى تدبر (خلافا لمحمد) فيجوز بيع نفسه بلا كوارة اذا كان محرزا اى مجموعا وهو قول الائمة الثلثة لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا (ولا) يجوز (بيع دود القز وبيضه) عند الامام لانه من الهوام (عند ابى يوسف يجوز) البيع (فى الدود اذا كان مع القز) يعنى اذ ظهر منه القز يجوز البيع تبعا له (وفى البيض عنه) اى عن ابى يوسف (قولان) فى قول يجوز بيع بيضه مطلقا لمكان الضرورة وهو مع محمد* وفى قول لايجوز وهو مع الامام فيه (وعند محمد) وهو قول الائمة الثلثة (يجوز بيعهما مطلقا) لكونه منتفعا به (وهو المختار) للفتوى* وفى البحر ولكن يرد عليه ان الفتوى على قول محمد فى بيع النحل ايضا كما فى الذخيرة والخلاصة وغيرهما* فلم اختار فى قوله فى الدود دون النحل بلا ترجيح تدبر (ولا) يجوز (بيع الآبق) لورود النهى ولعجزه عن التسليم (الا ممن يزعم انه) اى الآبق (عنده) فانه ح يجوز لان المنهى بيع آبق فى حق المتعاقدين وهو غير آبق فى حق المشترى ولانه انتفى العجز لكونه مقبوضا* وصرح بفساد هذا البيع فى الدرر وغيره* لكن فى البحر صرح ببطلانه لانعدام المحلية ولو باعه ثم عاد من الاباق لايتم ذلك العقد* وعن هذا قال (فان عاد قبل الفسخ لاينقلب صحيحا) وهو ظاهر الرواية وبه كان يفتى ابو عبد الله البلخى لكونه وقع باطلا (وقيل ينقلب) صحيحا ويتم العقد المزبور على القول بالفساد وهذا رواية عن الامام لزوال المانع عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع هكذا يروى عن محمد كما فى الهداية* ورجح فى الفتح القول بالفساد (ولا) يجوز بيع (لبن امرأة) سواء كانت حرة او امة (ولو) للوصل (بعد الحلب) لانه جزء الآدمى وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع واما بيع نفس الامة فلا لا لاختصاصه للحى ولا حيوة فى لبنها* وقال الشافعى يكون اللبن محلا للبيع لكونه مشروبا طاهرا (وعند ابى يوسف يصح فى لبن الامة) اعتبارا ببيعها وفى الهداية وغيرها ولا فرق فى ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة* وعن ابى يوسف انه يجوز بيع لبن الامة انتهى* فعلى هذا ينبغى للمص ان يقول وعن ابى يوسف لان قوله عند ابى يوسف

يقتضي الظاهر تأمل * رفي التسهيل واختلف المشايخ في حل الامة لو شراها بانها حبلى صح
عند البعض لا عند البعض وصحح بان المبعة حلوب (ولا) يجوز بيع (شعر الخنزير)
لانه محرم فيبطل لنجاسته (ولكن يباح الانتفاع به) اى بشعر الخنزير (للخرز) ونحوه
(ضرورة) الخرز بفتح الخاء المعجمة وسكون الراء المهملة بعدها زاء معجمة مصدر خرز
الخف وغيره فيستعمله الخفاف في زمانهم وكذا تستعمله النسوان لتسوية الكتان لان غيره لا
يعمل عمله * وعلى هذا قيل اذا لم يوجد الا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع * وقيل
هذا اذا كان منتوفا فالمقطوع يكون طاهرا (ويفسد) شعر الخنزير (الماء القليل عند ابى
يوسف) وهو المختار (لا) يفسده (عند محمد) لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته *
ولابى يوسف ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع
تغايرها (ولا) يجوز (بيع شعر الآدمي ولا الانتفاع به ولا بشئ من اجزائه) لان
الآدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز ان يكون شئ من اجزائه مهانا مبتذلا * وقد قال صلى الله
تعالى عليه وسلم لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث * وانما رخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد
في قرون النساء وذوائبهن * وعن محمد انه يجوز الانتفاع به استدلالا بما روى انه صلى الله
تعالى عليه وسلم حين حلق رأسه قسم شعره بين اصحابه وكانوا يتبركون به ولو لم يجز الانتفاع به
لما فعل * لكن فيه ما فيه تدبر (ولا) يجوز (بيع جلود الميتة قبل الدباغ) لانها غير منتفع بها وليست
بمال لنجاستها فيبطل بخلاف الثوب والدهن المتنجس فانها عارضة (ويجوز) بيعها (بعده) اى بعد
الدباغ (وينتفع به) اى بالجلد المدبوغ الدال عليه الجلود * فلا يرد ما قيل من ان الظ ان يكون
الضمير مؤنثا * وانما ينتفع به لكونه طاهرا بعده (ويباع عظمها) اى الميتة (وينتفع به) اى بعظمها
(وكذا عصبها وقرنها وصوفها وشعرها ووبرها) لطهارة هذه المذكورات اذ لا حيوة فيها حتى يحل
الموت بها الفرق من الوبر ولو قدم على الصوف لكان اقرب * وكذا لو قدم الشعر على الصوف
لكان انسب (وكذا) يباع (عظم الفيل) عند الشيخين فان الفيل عندهما بمنزلة السباع حتى يباع
عظمه وينتفع به قالوا هذا اذا لم يكون على العظم واشباهه دسومة اما اذا كانت فهو نجس (خلافا
لمحمد) فانه نجس العين عنده كالخنزير حرمة وصورة * والمختار قولهما (ولا يجوز بيع علو سقط) اى
يبطل بيع موضع العلو بعد سقوطه سواء سقط بيت السفل او لا اذ بعد انهدامه لا يبقى له الا حق التعلي
وهو ليس بمال لان المال يمكن احرازه فالبيع لم يصادف محله فيكون لغوا * بخلاف الشرب حيث
يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفرزا في رواية * وانما قيدنا بعد سقوطه لان البيع قبله
يجوز نظرا الى البناء القائم فيه * وان سقط العلو بعد البيع قبل التسليم يبطل البيع لهلاك المبيع قبل
التسليم (ولا) يجوز بيع (المسيل ولا هبته) لان رقبة المسيل مجهول لان مقدار ما يشغله الماء
من الارض يختلف بقلة الماء وكثرته حتى لو بين حدوده وموضعه جاز * وان اريد بالمسيل
التسييل فان كان على السطح كان حق التعلي وقد مر بطلانه وان كان على الارض كان مجهولا
بجهالة محله (وصحا) اى البيع والهبة (في الطريق) لان رقبة الطريق معلوم وان لم يبين فقدر

بعرض باب الدار فيجوز فيه البيع والهبة* في بيع حق المرور روايتان وجه البطلان انه ليس بمال ووجه الصحة الاحتياج اليه وهو حق معلوم متعلق بعين باق * وصح بيع حق المرور تبعا للارض بالاجماع ووحده في رواية (ولا) يجوز (بيع شخص على انه امة فاذا هو عبد) وكذا عكسه استحسانا * والقياس جوازه وهو قول زفر لان الاختلاف بالذكورة والانوثة اختلاف بالوصف لانهما وصفان في الحيوان واختلاف الوصف يوجب الخيار لا الفساد كما في البهائم * وجه الاستحسان ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان مختلفان لتفاحش التفاوت في المقاصد فان المقصود من العبد الاستخدام خارج الدار ومن الامة الاستخدام داخل الدار كالاستفراش والاستخدام وغيرهما فباختلاف المقاصد صار اجنسين مختلفين (ولو باع كبشا فاذاهو نعجة صح ويخير) وجه الصحة لانه لا تفاوت في المقصود فان المقصود منه اللحم والحمل والركوب ونحو ذلك فالانثى والذكر يصلحان لذلك فكانا جنسا واحدا فتعلق العقد بالمشار اليه * اعلم ان في مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى اذا اختلف المسمى والمشار اليه لان التسمية ابلغ في التعريف من الاشارة لان الاشارة لتعريف الذات والتسمية لاعلام الماهية وهو امر زائد على اصل الذات فكان ابلغ في التعريف ويحتاج في مقام التعريف الى ماهو ابلغ فيه فكانت الاشارة اولى بالاعتبار في متحدي الجنس لان المسمى موجود في مشار اليه ذاتا والوصف يتبعه فامكن الجمع بينهما بان يجعل الاشارة للتعريف والتسمية للترغيب فثبت له الخيار عند فوات الوصف المرغوب فيه * بخلاف مختلفي الجنس لان المسمى فيه مثل المشار اليه وليس بتابع فلا يمكن ان يجعل احدهما تبعا للآخر فيعتبر الاعرف عند تعذر الجمع بينهما * وهذا هو الاصل في العقود كلها كالاجارة والنكاح والصلح عن دم العمد والخلع والعتق على مال كما في التبيين (ولا) يجوز (شراء ما باع) البائع او وكيله من سلعة اوغيرها (باقل مما باع) من الثمن (قبل نقد) كل (الثمن) الاول او بعضه وان بقي من ثمنه درهم كما في السراج * صورتها باع جارية مثلا بالف حالة او نسيئة فقبضها المشتري ثم اشتراها البائع من المشتري قبل نقد الثمن الاول بالاقل فالبيع الثاني فاسد عندنا * وقال الشافعي يجوز وهو القياس لان الملك فيه قد تم بالقبض فيجوز بيعه باي قدر كان من الثمن كما اذا باعه من غير البائع او منه بمثل الثمن الاول او باكثر او بعرض او باقل بعد النقد * وانما منعنا جوازه استدلالا بقول عائشة الصديقة لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمان مائة بئس ما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله ابطل حجه وجهاده مع رسول الله ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل بلا عوض * بخلاف ما اذا باع بعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة * وانما ترك فاعل الشراء ليشمل شراء من لا تقبل شهادته للبائع كالاصول والفروع ومكاتبه فهو ايضا بمنزلة شراء البائع عند الامام خلافا لهما في غير العبد والمكاتب * وكذا الحكم لو باعه وكالة من غيره او اشتراه بطريق الوكالة لغيره اذا كان هو البائع * ومحل كلامه شراء الكل او البعض * وخرج شراء وارث البائع ووكيله عند الامام خلافا لهما * واما شراء البائع ممن اشترى من مشتريه

اوالموهوب له اوالموصى له فجائز اتفاقا* وقيد بما باع لان المبيع اذا انتقص وتغير بعيب جاز* و لابد من عدم الجواز من اتحاد جنس الثمن* فان اختلف جاز مطلقا* والدراهم والدنانير جنس واحد هنا (وكذا شراؤه) اى لايجوز شراء ماباع البائع اووكيله حال كون ماباع (مع غيره بثمنه الاول قبل نقده ويصح فى الغير بحصته) صورته اباع جارية بخمسمائة وقبضها المشترى ثم اشتراها وجارية اخرى معها قبل نقد الثمن بخمسمائة* فان الشراء فى التى لم يبعها منه صحيح وفى اخرى وهى التى باعها منه فاسد لانه لابد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التى لم يبعها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع ضرورة ولايسرى الفساد لضعفه لانه مجتهد فيه فيقتصر على محله فلا يتعداه كما فى الجمع بين عبد ومدبر (ولا) يجوز (شراء زيت) اى دهن الزيتون (على ان يزنه بظرفه) اى بشرط وزنه معه (و) ان (يطرح عنه) اى عن الزيت (لكل ظرف مقدار معين) كخمسين رطلا لان هذا شرط لايقتضيه العقد لان مقتضاه ان يطرح عنه وزن الظرف فاذا طرح مقدار خمسين رطلا مثلا يحتمل ان يكون اكثر من الظرف اواقل الا اذا عرف وزنه خمسون رطلا فح يجوز (وان شرط طرح مثل وزن الظرف يصح) لانه شرط يقتضيه العقد (وان اختلفا) اى البائع والمشترى (فى الظرف وقدره) فقال المشترى الظرف هذا وهو عشرة ارطال وقال البائع غيرهذا وهو خمسة ارطال (فالقول للمشترى) مع يمينه لانه ان اعتبر اختلافا فى تعيين الظرف المقبوض كما هو الظ وقدر الزيت فالقول له لانه قابض والقول للقابض امينا كان اوضمينا وان اعتبر اختلافا فى قدر الثمن فكذا القول لانه ينكر الزيادة ولا يتحالفان لان اختلافهما فى الثمن ثبت تبعا لاختلافهما فى الزق والاختلاف فى الزق لايوجب التحالف لانه ليس بمعقود به ولا معقود عليه فكذا الاختلاف فيما ثبت تبعا لان حكم التبع لا يخالف حكم الاصل (واوامر مسلم ذميا ببيع خمر اوشرائها صح) اى يجوز توكيل المسلم ذميا ببيع الخمر وبشرائها عند الامام لان التوكيل فيما وكل به يتصرف تصرف الاصل لاهليته لالنيابته وانتقال الملك الى الآمر حكمى فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما (خلافا لهما) لان عندهما لايجوز اذ الوكيل نائب عن موكله فالتصرف فيه عائد اليه فمباشرته كمباشرته وذا لايجوز فيما نحن فيه اذ لاولاية للمسلم فى بيعها ولا فى شرائها والتوكيل مبنى على الولاية فيما وكل به غيره* وعلى هذا الخلاف الخنزير* وقد روى عن الامام تكره اشد مايكون من الكراهة ثم ان كان خمرا يخللها وان خنزيرا يسيبه (وكذا) اى على هذا الخلاف (اوامر المحرم غيره ببيع صيده) الذى اصطاده قبل الاحرام يجوز التوكيل عند الامام خلافا لهما (ولو شرى كافر عبدا مسلما اومصحفا صح ويجبر على اخراجهما من ملكه) اى من ملك الكافر دفعا للذل من جهة* وقال الشافعى لايجوز اذ لا لا من جهة مملوكيتها للكافر* قيد بالشراء لان الكافر اذا استاجر مسلما للخدمة جاز اتفاقا ولكن يكره (والبيع بشرط يقتضيه العقد صحيح كشرط) كون (الملك للمشترى) وشرط تسليم المشترى الثمن وشرط تسليم البائع المبيع لان مثل هذا الشرط لايزيد شيئا بل يؤكد موجب العقد (وكذا) يصح (بشرط لايقتضيه) العقد (ولا نفع فيه لاحد) من

(المتعاقدين)

المتعاقدين والمبيع المستحق للنفع بان يكون آدميا (كشرط ان لا يبيع الدابة المبيعة) بان قال بعت هذه الدابة منك على ان لا تبيعها او تسيبها في المرعى لان هذا الشرط لا يؤدي الى النزاع ولا يحتمل الربو لعدم النفع الزائد فيصح العقد ويبطل الشرط وهو ظاهر من المذهب * وعن ابي يوسف انه يفسد البيع * قيل هذا مثال لعدم النفع للعاقدين مع منفعة للمعقود عليها لكن ليست من اهل الاستحقاق * وكذا يصح بشرط ملائم للعقد كشرط ان يرهنه المشتري شيئا معينا او يعطيه كفيلا معينا لان هذا لا يفسد بل يؤكد وان كانا غير معينين يفسد لان للمنازعة * وكذا يصح بشرط لا يلائم العقد لورود النص على جوازه كالخيار والاجل رخصة وتيسيرا (ولو) كان البيع (بشرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد العاقدين) اي البائع والمشتري (اولمبيع يستحق) النفع بان يكون آدميا (فهو) اي هذا البيع (فاسد) لما فيه من زيادة عرية عن العوض فيكون ربوا وكل عقد شرط فيه الربو ايكون فاسدا * وفي شرح المجمع انما يفسد البيع بشرط اذا ذكره بكلمة على واما اذا ذكره بحرف الشرط كما اذا قال بعت ان كنت تعطيني كذا فالبيع باطل (كبيع عبد على ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او) كبيع (امة على ان يستولدها) المشتري لان هذا شروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة للمعقود عليه فيفسد به (فلو اعتقه) اي العبد (المشتري) بعدما اشتراه بشرط العتق (عاد البيع صحيحا) استحسانا (فيلزم) على المشتري (الثمن) عند الامام (وعندهما لا يعود) صحيحا (فتلزم) على المشتري (القيمة) وهو القياس لان العقد فسد بالشرط اعتق اولم يعتق فلا يعود صحيحا كما اذا تلف بوجه آخر وهو رواية عن الامام * وجه الاستحسان ان الشرط وان لم يلائم العقد لذاته لكن شرط العتق من حيث الحكم يلائمه لانه منه للملك والشئ بانهائه يتقرر * ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب * فاذا تلف بوجه آخر لم تحقق الملائمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق اذا تحققت الملائمة فيرجح جانب الجواز فيعود صحيحا * وفي الحقائق الخلاف فيما اذا اعتقه المشتري بعد القبض واما قبله فلا يصح الاعتاق (وكشرط ان يستخدمه) اي العبد (البائع شهرا او يسكنها) اي الدار المبيعة (او لا يسلمه) اي المبيع (الى رأس الشهر) متعلق بيسكنها ولا يسلمه على طريق التنازع (او يقرضه المشتري درهما او يهدي له) اي المشتري (هدية) هذه امثلة شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للبائع (او) كشرط ان (يقطع البائع الثوب ويخيطه قباء او قميصا او يحذو النعل) يعني لو اشترى جلدا على ان يحذوه البائع نعلا للمشتري * يقال حذا لي نعلا اي عملها (او يشركه) اي النعل من التشريك * وهو وضع الشراك على النعل وهو السير الذي على ظهر القدم كذا في المغرب * هذه امثلة شرط لا تقتضيه العقد وفيه نفع للمشتري فيفسد ولانه ان كان بعض الثمن بمقابلة العمل المشروط فهو اجارة مشروطة في بيع وان لم يكن في مقابلته شئ فهو اعارة مشروطة فيه وقد ورد النهي عن صفقة في صفقة (ويصح في النعل استحسانا للتعامل لان التعامل يرجح على القياس لكونه اجماعا عمليا * والقياس عدم الجواز وهو قول زفر (ولا يجوز بيع امة الا حملها) لان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد *

والحمل من هذا القبيل * وتمامه فی الهداية (ولا) يجوز (البيع الی النيروز) وهو اول يوم من نزول شمس فی برج الحمل وابتداء ربيع (والمهرجان) وهو اول يوم من نزول الشمس فی الميزان وابتداء خريف (وصوم النصاری وفطر اليهود ان لم يعلم العاقدان) مقدار (ذلك) المذكور من النيروز والمهرجان وصوم النصاری وفطر اليهود * لان النيروز والمهرجان ٣ لا يتبتان الا بظن بممارسة بعلم النجوم فربما يقطع الخطأ فيكون مجهولا فيؤدی الی النزاع * وكذا صوم النصاری وفطر اليهود يكونان مجهولين * لان النصاری يبتدؤن ويصومون خمسين يوما فيفطرون فيوم صومهم مجهول واما فطرهم بعد ما شرعوا فی صومهم فمعلوم فلا جهالة فيه ولا فساد * واليهود يصومون من اول شهر الی تمام عشرين من شهر آخر ثم يفطرون فيوم صومهم وفطرهم مجهول لاختلافهما باختلاف عدة شهر * هذا اذا لم يعرف العاقدان هذه الآجال وكذا اذا لم يعرف احدهما * اما اذا كان ذلك معلوما عندهما فيجوز البيع لعدم النزاع (ولا) يجوز (البيع الی الحصاد) بفتح الحاء المهملة وكسرها وقت قطع الزرع (والدياس) بكسر الدال المهملة وقت وطئ الدواب الحنطة وغيرها (والقطاف) بكسر القاف والفتح لغة فيه وقت قطع العنب من الكرم (والجزاز) بكسر الجيم وفتحها وقت جز الصوف من ظهر الغنم وقيل جزاز النخل * وفی الهداية بالزاء * وذكر الزيلعی انه بالذال المعجمة عام فی قطع الثمار وبالمهملة خاص فی النخل (وقدوم الحاج) ای وقت مجیء الحاج وانما لم يجز البيع الی هذه المذكورات لعدم تيقن اوقاتها لانها تتقدم وتتأخر (وتصح الكفالة الی هذه الاوقات) لكون الجهالة يسيرة لان الكفالة تحتمل الجهالة اليسيرة فی اصل الدين اذ تجوز الكفالة بمال غير معين ففی الوصف اولی وفی التسهيل وفی النذر يحتمل الجهالة ولو فاحشة بخلاف البيع فانه لا يحتملها فی اصل الثمن فكذا فی وصفه قيد بهذه الاوقات لانه لو كفل الی هبوب الريح فهی باطلة لانها متفاحشة (فان اسقط) من له الاجل (الاجل) المفسد للبيع (قبل حلوله) ای مجیء الاجل المفسد وقبل التفرق (صح) البيع لزوال المفسد وهو النزاع قبل دخول وقته مع ان الجهالة ليست فی صلب العقد بل فی شرط زائد فيمكن اسقاطه * خلافا لزفر والشافعی اذ العقد عندهما بعد فساده لا ينقلب صحيحا اصلا وقيدنا بقولنا قبل التفرق لانه لو تفرقا قبل الابطال تأكد الفساد ولا ينقلب صحيحا اتفاقا كما فی شرح المجمع (وكذا لو باع مطلقا) من هذه الآجال (ثم اجل الی هذه الاوقات) فانه يصح لان هذا تأجيل الدين لا الثمن فالدين هنا فی التحمل بمنزلة الكفالة * وفی القنية باع بالف نصفه نقد ونصفه الی رجوعه من رستاق وهو فاسد والفتوی علی انصرافه الی شهر كما فی البحر (ومن باع نصيبه من دار يجوز) البيع (ان علم) ای النصيب منها (المتعاقدان) علم مقدار نصيبه شرط عند الامام لان الجهالة تفضی الی المنازعة فلا يجوز (خلافا لابی يوسف) فان عنده يجوز مطلقا سواء علما او لا لانهما رضيا بالجهالة فلا يفضی الی المنازعة (ويكفی علم المشتری عند محمد) لان جهالة المبيع تضره لا البائع فيشترط علمه * وكذا شراء الدار بفنائها فاسد عند الامام لجهالة المقدار خلافا لابی يوسف

٣ لا يتعينان نسخة

فصل

لما ذكر البيع الفاسد والباطل ذكر حكمهما عقيبهما لان حكم الشئ اثره واثر الشئ يتبعه وجودا وكذا يتبعه ذكرا للمناسبة (قبض المشترى المبيع بيعا باطلا باذن بائعه لا يملكه) لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال والمبيع الباطل لا يعد مالا * وفى الفرائد ان قوله قبض لو قرئ على لفظ الفعل المبنى للفاعل يلزم ان يكون حرف الشرط محذوفا تقديره ولو قبض ويكون قوله لا يملكه جوابه والاحسن ان يقرأ مصدرا مرفوعا على الابتداء مضافا الى المشترى ويكون قوله لا يملكه على صيغة المبنى للفاعل من التفعيل خبره والضمير البارز راجعا الى المشترى وفاعله المستكن فيه راجعا الى القبض اه * لكن لا يخلو من التعسف فيه * والاولى قوله يملكه جواب الشرط المحذوف بقرينة التقابل وهو قوله ولو قبض المبيع بيعا فاسدا الخ تدبر (وهو) اى المبيع (امانة فى يده عند البعض) فلا يضمن لو هلك فى يد المشترى لان العقد غير معتبر فبقى القبض باذن المالك فيكون امانة فى يده (ومضمون عند البعض) لآخر لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء (وقيل الاول) اى كونه امانة (قول الامام والثانى) اى كونه مضمونا (قولهما اخذا) اى اخذ صاحب القيل كون الاول قوله والثانى قولهما (من الاختلاف فيما لو بيع مدبر او ام ولد فمات فى يد مشتريه حيث لا يضمن عنده خلافا لهما) ففهم صاحب القيل ان كل مبيع بيعا باطلا فهو على هذا الخلاف فقال الاول قوله والثانى قولهما (ولو قبض المبيع بيعا فاسدا باذن بائعه صريحا) كقبض المشترى المبيع بامره فى المجلس او بعده على الرواية المشهورة (او دلالة كقبضه فى مجلس عقده) ولم ينهه البائع عنه قبل الافتراق (وكل) اى والحال ان كل واحد (من) المبيع والثمن (عوضيه) اى البيع (مال) خرج بهذا القيد البيع الباطل * لاشك ان الباطل خرج اولا فى البيع الفاسد فلا حاجة الى اخراجه ثانيا * وقال صاحب البحر اللهم الا ان يقال ان بعض البيوع الباطلة اطلقوا عليها اسم الفاسد فربما يتوهم ان المبيع فيها يملك بالقبض فصرح بما يخرجها اه * لكن هذا يكون جوابا لما وقع فى الكنز ولا يكون جوابا لما فى هذا المتن لان المص بين اولا حكم الباطل ثم شرع فى بيان حكم الفاسد فلا يقال هنا ان المراد بالفاسد ماهو الباطل او اعم بل هو مستدرك تدبر (ملكه) اى المقبوض بالبيع الفاسد * وقال الشافعى البيع الفاسد لا يفيد الملك بالقبض * قيد به لانه بدون القبض لا يفيد الملك اتفاقا لان السبب ضعيف لا يفيد الملك اذا لم يتقو بالقبض كالهبة * وقيد باذن البائع لان القبض لو لم يكن باذنه لا يفيد الملك اتفاقا * وانما ذكر الاذن دون الرضى لانه لا يشترط فى بعض افراده كبيع المكره كما لا يخفى * وللشافعى انه بيع محظور فلا يكون سببا للملك الذى هو نعمة * ولنا ان البيع الفاسد مشروع باصله لانه مبادلة مال بمال فيفيد الملك بهذا الاعتبار (ولزمه) اى المشترى بواو الاعتراض لا العطف على ملكه كما فى القهستانى (لهلاكه) اى وقت هلاك المبيع فى يد المشترى (مثله) اى المبيع (حقيقة) اى صورة ومعنى فى ذوات الامثال كالكيلى والوزنى (او) مثله (معنى) اى قيمة (ة قيمة فى القيمى) كالحيوان والعرض * وفيه اشارة الى

ان المبيع او كان موجودا رد بعينه والى ان العبرة للقيمة يوم القبض والى انه ملكه بقيمته ولو ازدادت قيمته في يده فاتلفه لم يتغير كالغصب * وعند محمد يوم الاستهلاك لانه بالاتلاف يتقرر عليه قيمته فتعتبر قيمته الا اذا زادت من حيث العين لا السعر فانه يوافق الشيخين فالقول في القيمة للمشترى مع يمينه لكونه منكر الضمان والبينة للبائع (ولكل منهما فسخه قبل القبض) اى لكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ قبل قبض المشترى مادام المبيع في ملكه بلا علم الصاحب على ما قال ابو يوسف * وانما عندهما علمه * كما في الفصولين * لكن في الكافي انه شرط عندهم * والاولى في مكان اللام كلمة على فان اعدام الفساد واجب حقا للشرع كما في القهستاني * فعلى هذا قال الزيلعي ان اللام بمعنى على اه * لكن لا حاجة اليه لانه حكم آخر وانما مراده بيان ان لكل منهما ولاية الفسخ دفعا لتوهم انه ملك بالقبض تامل (وبعده) اى بعد القبض (مادام) البيع (في ملك المشترى اذا كان الفساد في صلب العقد كبيع درهم بدرهمين) اى ينفرد احدهما بالفسخ ايضا لقوة الفساد (وان كان) الفساد (بشرط زائد كشرط ان يهدى له هدية) مثلا (فكذا) ينفرد كل بالفسخ (قبل القبض) وعلى ما حققناه اندفع ما قيل من ان كلامه فيما بعد القبض لان حكم ما قبل القبض مر آنفا فلا وجه لقوله فكذا قبل القبض تدبر (واما بعده فالفسخ لمن له الشرط) بحضرة صاحبه * ولا يشترط فيه قضاء القاضي (لا لمن عليه الشرط) * وهذا عند محمد لان العقد قوى والفساد ضعيف فمن له منفعة الشرط يقدر ان يسقط شرط الهدية فيبقى العقد صحيحا لرفعه المفسد فاذا فسخ من عليه المنفعة فقد بطل حق الغير * وعند الشيخين لكل واحد من العاقدين الفسخ حقا للشرع لا حقا لهما ولا حقا لاحدهما حيث رضيا بالعقد كما في اكثر المعتبرات * فعلى هذا ان ذكر الماص هذه المسئلة في صورة الاتفاق لايخلو عن ركاكة بل يلزم التفصيل تأمل (ولا يأخذه) اى المبيع (البائع) بعد الفسخ (حتى يرد ثمنه) اى ثمن المبيع الى المشترى لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن (فان مات البائع) بعد فسخ البيع (فالمشترى احق به) اى بحبس ما اشتراه (حتى يأخذ ثمنه) فليس للورثة ولا للغرماء حبس الثمن حتى يأخذ المبيع * ذكر الثمن مقام القيمة لانعدام الفساد بالفسخ * ولا يدخل المبيع في قسمة غرماء البائع لان المشترى مقدم حال حياته وكذا يقدم بعد وفاته على التجهيز والغرماء فيأخذ المشترى دراهم الثمن بعينها لو قائمة ويأخذ مثلها لو هالكة * ولو مات المشترى فالبائع احق من سائر الغرماء (وطاب للبائع ربح ثمنه) من دراهم المبيع او دنانيره (بعد التقابض) اى اشتراك البائع والمشترى في قبض المبيع والثمن لتملكه ولم يطب قبله لعدم تملكه (لا) اى لا يطيب (للمشترى ربح مبيعه فيتصدق) المشترى (به) اى بالربح وجوبا والفرق ان المبيع مما يتعين فيتعلق العقد به فيتمكن الخبث فيه والنقد لا يتعين في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينه فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق * وهذا في الخبث الذى سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك كالغصب عند الطرفين يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه تتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون

(النازل)

النازل عنها* وقال ابو يوسف يطيب له الربح مطلقا عند شرط الطيب الضمان وقد وجد* وعند زفر والشافعي لايطيب في الكل كما في الهداية وغيرها * وقال صدر الشريعة فان قيل ذكر في الهداية في المسئلة السابقة ثم اذا كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها المشترى بعينها لانها تتعين بالتعيين في البيع الفاسد والاصح لانه بمنزلة الغصب فهذا يناقض ماقلتم من عدم تعين الدراهم والدنانير* قلنا يمكن التوفيق بينهما بان لهذا العقد ٢ شبهتين ٣ شبهة الغصب و ٣ شبهة البيع فاذا كانت قائمة اعتبر ٣ شبهة الغصب سعيا في رفع العقد الفاسد واذا لم تكن قائمة فاشترى بها شيئا يعتبر ٣ شبهة البيع حتى لايسرى الفاسد الى بدله كما ذكرنا من شبهة الشبهة اه * وفي الدرر ان ماذكره صدر الشريعة لايفيد التوفيق بين كلامي الهداية وانما يفيد دليلا للمسئلة لايرد عليه مايرد على الهداية* فالوجه ماقال في العناية انه انما يستقيم من الرواية الصحيحة وهي انها لاتتعين الا على الاصح وهي مامر انها تتعين في البيع الفاسد اه * لكن يمكن الدفع بوجه آخر بان المراد في العقود العقود الصحيحة لان المطلق ينصرف الى الكامل فح عدم التعين سواء كان في المغصوب او ثمن المبيع بالبيع الفاسد انما هو في العقد الثاني فلا يضر تعينه في الاول * فعلى هذا ينبغي ان يكون جواب صاحب العناية بلا حصر تدبر* وفي الفرائد كلام صدر الشريعة يفيد دفع التناقض لان حاصل التناقض ان صاحب الهداية قال فيما سبق الثمن في البيع الفاسد يتعين بالتعين وفي هذه المسئلة لايتعين وحاصل الدفع ان التعين بالتعيين في حالة قيام الثمن وعدم التعين في حالة عدمه ولا يتحقق التناقض الا اذا اتحد الجهتان اه* هذا وجه لكنه خلاف ماصرحوا به لانهم قالوا ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها تتعين بالتعيين على رواية ابي سليمان وهو الاصح وفي رواية ابي حفص لاتتعين كما في العناية وغيرها * فبهذا علم ان هذا التوجيه ليس بدافع تدبر (كما طاب ربح مال ادعاه فقضى) اى قضى المدعى عليه ذلك المال (ثم تصادقا) اى المدعى والمدعى عليه (على عدمه) اى عدم وجوب المال المدعى (فرد) المال (بعد ما ربح فيه المدعى) لان المال المؤدى يكون بدل الدين الذى هو حق المدعى باقرار المدعى عليه اذ المرء يؤاخذ باقراره حكما فيصير المدعى بائعا دينه بما اخذ فاذا تصادقا على عدم الدين صار المدعى عليه كأنه استحق الدين فيلزم ان يكون الدين ملكا بالبيع الفاسد لان المبيع هنا فاسد في حق البدل وهو غير قائمة فلا يؤثر الخبث فيما لايتعين بالتعيين (فان باع المشترى ماشراه شراء فاسدا صح) بيعه لانه بيع مادخل في ملكه بالقبض فينفذ فيه تصرفه * قيد صاحب التنوير بيعا باتا صحيحا واشير بانه لانه لو باعه فاسدا لايمنع النقض كالبيع الذى فيه الخيار لانه ليس بلازم ولانه لو باعه من باعه كان نقضا للبيع * هذا في العقد الذى فساده ليس بالاكراه لانه لو كان فاسدا بالاكراه فان تصرفات المشترى كلها تنتقض وقيد الماص بالشراء الفاسد احترازا عن الاجارة الفاسدة لما في جامع الفصولين قيل ليس للمستأجر فاسدا ان يواجره من غيره اجارة صحيحة * وقيل يملكها بعد قبضه كمشتر فاسدا له البيع جائزا وهو الصحيح الا ان للموجر الاول نقض الثانية لانها تفسخ بعذر (وكذا لو اعتقه) اى اعتق

٢ الشبهين (بالفتحات) نسخة
٣ شبهة نسخة

المشترى شراء فاسدا العبد بعدقبضه صح وكان الولاء له * وكذا توابع الاعتاق من التدبير والاستيلاد والكتابة الاانه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب (اووهبه وسلمه) اى اذا وهبه المشترى وسلمه ارتفع الفساد وصح (وسقط) بكل من البيع والاعتاق والهبة من التسليم (حق الفسخ) الذى كان للبائع لان المشترى ملك المبيع بالقبض فنفذ فيه تصرفاته المذكورة وينقطع به حق البائع فى الاسترداد لانه تعلق به حق العبد والفسخ لحق الشرع وما اجتمع حق الله وحق العبد الا وقد غلب حق العبد لحاجته وغناء الله تعالى (وعليه) اى على المشترى (قيمته) لما مر انه مضمون بالقبض والرهن كالبيع لانه لازم فيثبت عجزه عن رد العين فتلزمه القيمة الاانه يعود حق الاسترداد بفكه * وكذا اواوصى بالمبيع المشترى ثم مات سقط الفسخ فتلزمه القيمة (ولو بنى) المشترى (فى داراشتراها فاسدا اوغرس) فيها (فعليه قيمتها) اى قيمة الدار والارض وينقطع حق الاسترداد عند الامام رواه يعقوب عنه فى الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك فى الرواية (وقالا ينقض) المشترى (البناء والغرس ويرد) الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى * وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشترى وبيعه فكذا ببنائه (وشك ابو يوسف فى روايته لمحمد عن الامام لزوم قيمتها) اى قيمة الدار (ولم يشك محمد) ٤ فى روايته له عن الامام لزوم قيمتها وهذه المسئلة من المسائل التى انكر ابو يوسف روايتها عن الامام * وقد نص محمد على الاختلاف فى كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف وفى الفصولين ولو وقفه اوجعله مسجدا لا يبطل حقه مالم يبن وفى البحر ينبغى ان يحمل على ماقبل القضاء به اما اذا قضى به فانه يرتفع الفساد للزومه والظ ان مافى الفصولين تبعا للعمادى ليس بصحيح * فقد قال الخصاف لواشترى ارضا بيعا فاسدا وقبضها ووقفها وقفا صحيحا وجعل اجرها للمساكين فقال الوقف فيها جائز وعليه قيمتها للبائع اه * لكن قال قاضيخان لو باع ارضا بيعا فاسدا فجعله المشترى مسجدا لا يبطل حق الفسخ مالم يبن فى ظاهر الرواية فان بناه بطل فى قول الامام وغرس الاشجار بمنزلة البناء * وكذا لو وقفها لا يبطل حق الفسخ مالم يبن اه * فعلى هذا ان مافى الفصولين على الرواية الظاهرة وماقاله الخصاف على غيرها * وماقاله صاحب البحر من انه ليس بصحيح غير صحيح تدبر * قيل لما كان المكروه ادنى درجة من الفاسد ولكنه شعبة من شعبه الحق بالفاسد واخره عنه فقال (وكره النجش) بفتحتين وبسكون الجيم ايضا ان يزيد الثمن باكثر من ثمن المثل ولا يريد الشراء ليرغب غيره ويجرى فى النكاح وغيره لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم لا تناجشوا اى لا تفعلوا ذلك وانما قيدنا باكثر من ثمن المثل لان المشترى اذا طلب باقل من ثمن المثل فلا بأس ان يزيد الآخر فى الثمن الى ان يبلغ ثمن المثل وان لم يرد الشراء (و) كره (السوم) اى الاستشراء بثمن كثير

٤ اى فى رواية ابى يوسف لمحمد م

(على سوم غيره) اى استشراء غيره بثمن قليل (اذا رضيا) ظرف السوم (بثمن) معلوم ولم يبق بينهما الا العقد لقوله صلى الله عليه وسلم لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه وهو نفى فى معنى النهى فيفيد المشروعية * قيد بقوله اذا رضيا لانهما اذا لم يتراضيا فلا يكره لانه بيع من يزيد (و) كره (تلقى الجلب) اى استقبال من فى المصر جلبا بفتحتين او السكون اى مجلوبا من طعام او حيوان او غيره (المضر) صفة التلقى (باهل البلد) للنهى عنه * واما اذا لم يضر باهل البلد بان لم يكونوا محتاجين اليه فلا بأس به الا اذا لبس سعر البلد على الواردين فاشترى منهم بارخص منه فانه يكره (و) كره (بيع الحاضر للبادى طمعا فى غلاء الثمن زمن القحط) اى يكره بيع البلدى من البدوى فى زمان القحط علفه وطعامه طمعا فى ثمن متجاوز الحد لقوله صلى الله عليه وسلم لا يبيع الحاضر للبادى * والاضرار باهل البلد وايضا يكره بيع البلدى لاجل البدوى فى البلد كالسمسار فيغالى السعر على الناس ولو تركه وباعه بنفسه للزم الرخصة فى السعر ولم يقع اهل البلد فى العسر اللام فى للبادى اما بمعنى التمليك او بمعنى الاجل فلهذا صور بوجهين قيد بقوله فى زمن القحط لانه فى الرخص غير مكروه (والبيع عند اذان الجمعة) لقوله تعالى وذروا البيع ولان فيه اخلالا بواجب السعى اذا قعدا للبيع او وقفا له * واطلقه فشمل ما اذا تبايعا وهما يمشيان اليها * وما فى النهاية من عدم الكراهة مشكل لاطلاق الآية ثم المعتبر وهو النداء الاول اذا وقع بعد الزوال على المختار (لا) يكره (بيع من يزيد) هذا تصريح لما علم ضمنا لانه يفهم من قوله وكره السوم على سوم غيره اذا رضيا بثمن فاذا لم يتراضيا فلا كما مر آنفا (وصح البيع فى الجميع) اى فى جميع ما ذكر من قوله وكره النجش الى هنا لان الكراهة لا تمنع الانعقاد (ومن ملك مملوكين صغيرين او كبيرا) احدهما (وصغيرا) آخر اللذين (احدهما) مبتدأ خبره (ذو رحم محرم من الآخر) والجملة صفة لمملوكين (كره له ان يفرق بينهما) قبل البلوغ بالبيع والهبة ونحوهما والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة ووهب النبى لعلى غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعلت بالغلامين فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك ويروى اردد اردد ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان فى بيع احدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد * وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه * ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده * ولا بد من اجتماعهما فى ملكه حتى لو كان احد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما (بدون حق مستحق) اى لو كان التفريق بحق مستحق عليه لا بأس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به كما فى الهداية (ويصح البيع) هنا ايضا لان النهى لمعنى فى غيره * وهو ما فيه من ايحاش الصغير فلا يوجب الفسادة لكن يأثم البائع لارتكابه المنهى (خلافا لابى يوسف فى قرابة الولاد) حيث قال يفسد البيع فيها ويجوز فى غيرها (فى رواية)

عنه (و) يفسد (في الجميع في) رواية (اخرى) وبه قال زفر والائمة الثلثة لان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد * ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فينفذ والنهي لمعنى مجاور وله غير متصل به فلا يوجب الفساد (فان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق) لان النص ورد على خلاف القياس في القرابة المحرمة للنكاح في الصغير فلا يلحق به غيره * وفي الجوهرة وكل ما يكره من التفريق في البيع فكذا يكره في القسمة في الميراث والغنائم هذا كله اذا كان المالك مسلما واما اذا كان كافرا فلا يكره

باب الاقالة

الخلاص من خبث البيع الفاسد والمكروه ولما كان بالفسخ كان للاقالة تعلق خاص بهما فاعقب ذكرها اياهما * وهي لغة الرفع مطلقا من القيل لا من القول * والهمزة للسلب كما ذهب اليه البعض بدليل قلت البيع بكسر القاف * وهي جائزة لقوله صلى الله عليه وسلم من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيامة ولان العقد حقهما وكل ما هو حقهما يملكان رفعه لحاجتهما كما في العناية * وشرعا رفع عقد البيع غير السلم فانه ليس بفسخ (تصح) الاقالة (بلفظين احدهما مستقبل) هذا بيان ركنها * وهو الايجاب والقبول الدالان عليها وشرط ان يكونا بلفظين ماضيين او احدهما مستقبل والآخر ماض كا قلني فقد اقلتك عند الشيخين كالنكاح (خلافا لمحمد) فان عنده يشترط ان يعبر بهما عن المضي كالبيع وفي الخانية ذكر مع قول محمد قول الامام حيث قال ولا تصح الاقالة بلفظ الامر في قولهما لكن في الجوهرة وغيرها جعلوا قول الامام مع ابي يوسف * ولهذا اول عليه المص في المتن (وتتوقف الاقالة (على القبول في المجلس) فكما يصح قبولها في مجلسها نصا بالقول يصح قبولها دلالة بالفعل كما في اكثر الكتب * فعلى هذا لو قال ولو فعلا كما في التنوير لكان اولى تدبر (كالبيع) حتى لو قبل الآخر بعد زوال المجلس او بعد ما صدر عنه فيه ما يدل على الاعراض كما سبق في البيع لا تتم الاقالة (وهي) اي الاقالة (بيع جديد في حق غير العاقدين اجماعا) فيجب بالاقالة الاستبراء في الجارية لو كان المبيع جارية وتقايلا فانه حق لله لانها بيع جديد في حق غيرهما وهو الله وتجب الشفعة في العقار لكونها بيعا جديدا في حق غيرهما وهو الشفيع * ويجب التقابض لو كان السابق صرفا * ولا تسقط الزكاة اذا اشترى بعروض التجارة عبدا للخدمة بعد الحول ثم رد بالبيع بغير قضاء فاسترد العروض فهلكت في يده فانه بيع في حق الفقير كما في القهستاني * وزاد صاحب المنح اذا باع المشتري المبيع من آخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيب كان في يد البائع فاراد ان يرده على البائع ليس له ذلك لانه بيع في حقه كأنه اشتراه من المشتري منه * وكذا اذا كان موهوبا فباعه الموهوب له ثم تقايلا ليس للواهب ان يرجع في هبته لان الموهوب له في حق الواهب كالمشتري من يد المشتري منه * واذا اشترى شيئا فقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري فاشتراه منه قبل نقد ثمنه باقل من الثمن جاز وكان في حق البائع كالمملوك بشراء جديد من المشتري الثاني (وفي حقهما) اي حق العاقدين (بعد القبض فسخ) العقدان امكن عند الامام لانها تنبئ عن الفسخ والرفع والاصل في الكلام ان يحمل على حقيقته فلا يحمل على البيع لانه ضدها اذ هي عبارة عن الرفع والازالة والبيع عن الاثبات فتعين البطلان في الحمل على البيع * واما

قوله ويجوز ان تكون مشتقة من القول والهمزة للسلب اي ازلت القول الاول لان اصل قلت اقلت فحذفت الالف ثم نقل فتحة القاف الى الكسرة لا الى الضم لئلا يلتبس بقلت من الثلاثي فعلى * هذا يجوز ان يكون من القول فلا وجه لرده تدبر منه * في مجموع اللغة قال البيع قيلا واقالة فسخه سعدي جلبي

كونها بيعا فى حق غيرها فهو ى اذ يثبت به حكم البيع وهو الملك فيلزمه الثمن الاول جنسا و وصفا وقدرا ويبطل ماشرطه من الزيادة والنقصان والتأجيل ولا يبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع ويصح ان يبيع منه قبل استرداد المبيع ولو كانت بيعا لبطل ويصح استرداد المبيع بلا اعادة الكيل والوزن وجازهبة المبيع منه بعد الاقالة قبل القبض (فان تعذر جعلها فسخا) بان زادت المبيعة بعد القبض زيادة منفصلة اوهلك المبيع فى غير المقايضة (بطلت) الاقالة عنده لتعذر الفسخ* هذا اذا تقايلا بعد القبض* وان كانت قبل القبض فهى فسخ فى حق الكل فى غير العقار (وعند ابى يوسف) والشافعى فى القديم ومالك هى (بيع) فى حق المتعاقدين فلو زادت المبيعة بعد القبض زيادة منفصلة تجوز الاقالة عنده لانها تمليك من الجانبين بعوض مالى و هو البيع والعبرة للمعانى دون الالفاظ المجردة (فان تعذر) جعلها بيعا بان كانت قبل القبض فى المنقول اوكانت بعد هلاك احد العوضين فى المقايضة (ففسخ لانها موضوعة له او يحتمله (فان تعذر) جعلها فسخا وبيعا بان كانت قبل القبض فى المنقول باكثر من الثمن الاول او باقل منه او بجنس آخر او بعد هلاك السلعة فى غير المقايضة (بطلت) الاقالة عنده و يبقى البيع الاول على حاله لان بيع المنقول قبل القبض لايجوز * والفسخ يكون بالثمن الاول وقد سميا خلافه (وعند محمد) والشافعى فى الجديد و زفر (فسخ) ان كانت بالثمن الاول او باقل لان اللفظ موضوع للفسخ والرفع يقال اللهم اقلنى عثراتى فيعمل بمقتضاه (فان تعذر) جعلها فسخا بان تقايلا بعد القبض بالثمن الاول بعد الزيادة المنفصلة او تقايلا بعد القبض بخلاف جنس الاول (فبيع) حملا على محتمله* ولهذا صار بيعا فى حق غيرهما لعدم ولايتهما عليه (فان تعذر) جعلها بيعا او فسخا بان تقايلا فى المنقول قبل القبض على خلاف جنس الاول (بطلت) الاقالة ويبقى البيع الاول على حاله لان الفسخ لايكون على خلاف الثمن الاول والبيع لايجوز قبل القبض وبالاقل من الثمن يكون فسخا عنده بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن وهو لو سكت عن الكل كان فسخا فكذا اذا سكت عن البعض* وفى النهاية الخلاف فيما ذكر الفسخ بلفظ الاقالة* ولو ذكره بلفظ المفاسخة او المتاركة او الرد لا يجعل بيعا اتفاقا عملا بمقتضى موضوعه اللغوى (و) الاقالة (قبل القبض فسخ فى النقلى وغيره) اى فى المنقول والعقار عند الطرفين (وعند ابى يوسف فى العقار بيع) جديد اذ لا مانع فى جعلها بيعا فيه* وهى تمليك من الجانبين كما مر* ثم ذكر بعض الفروع بقوله (فلو شرط فيها) اى فى الاقالة (اكثر من الثمن الاول او خلاف الجنس بطل الشرط ولزم الثمن الاول)عند الامام لان الاقالة فسخ* وهو لايكون الا على الثمن الاول فيصير ذلك الشرط فاسدا ولغوا دون الاقالة لما مر ان الاقالة لاتفسد بالشرط الفاسد بخلاف البيع* وقال صاحب المنح وتصح الاقالة بمثل الثمن الاول وتصح بالسكوت عن الثمن الاول ويجب الثمن الاول بلا خلاف الا اذا باع المتولى او الوصى للوقف او للصغير شيئا باكثر من قيمته او اشتريا شيئا للوقف او للصغير حيث لاتجوز اقالته وان كانت بمثل الثمن الاول رعاية لجانب الوقف وحق الصغير (وعندهما يصح الشرط لو) كانت الاقالة (بعد القبض وتجعل) الاقالة (بيعا)

جديد الان الاصل هو البيع عند ابي يوسف و عند محمد ان تعذر الفسخ بجعلها بيعا ممكن * فاذا زاد او شرط خلاف الجنس كان قاصد البيع (وان شرط اقل) من الثمن الاول (من غير تعيب) عند المشتري (لزم) الثمن (الاول ايضا) عند الطرفين (وعند ابي يوسف يجعل بيعا ويصح الشرط) لان البيع هو الاصل عنده (وان تعيب) المبيع عند المشتري وشرط اقل من الثمن الاول بناء على العيب (صح الشرط اتفاقا) فيجوز الاقالة باقل من الثمن الاول فيجعل الحط بازاء مافات بالعيب (ولا تصح) الاقالة (بعد ولادة المبيعة) عند الامام لما مر ان المبيعة اذا زادت زيادة منفصلة تكون الاقالة باطلة عنده* اما المنفصلة قبل القبض والمتصلة بعد القبض فلا تمنع الاقالة عنده (خلافا لهما) لان البيع هو الاصل عند ابي يوسف* وعند محمد الاصل اذا تعذر جعلها فسخا تجعل بيعا (ولا يمنعها) اي الاقالة (هلاك الثمن بل) يمنعها (هلاك المبيع) لانها رفع البيع والاصل فيه المبيع* ولهذا هلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع بخلاف هلاك الثمن (وهلاك بعضه) اي بعض المبيع (يمنع) اقالة (بقدره) اعتبار البعض بالكل* وفي المنح واذا هلك احد البدلين في المقاوضة صحت الاقالة في الباقي منهما وعلى المشتري قيمة الهالك ان قيميا ومثله ان مثليا* تقايلا فابق العبد من يد المشتري وعجز عن تسليمه تبطل * وان اشترى عبدا فقطعت يده واخذ ارشها ثم تقايلا صحت الاقالة ولزمه جميع الثمن ولا شيء للبائع من ارش اليد اذا علم وقت الاقالة وان لم يعلم يخير بين الاخذ بجميع الثمن وبين الترك* وتصح اقالة الاقالة فلو تقايلا البيع ثم تقايلاها اي الاقالة ارتفعت وعاد عقد الاقالة * لا الاقالة السلم فانه لا يصح

باب المرابحة والتولية

لما فرغ مما يتعلق بالاصل وهو البيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفعها شرع في بيان الانواع التي تتعلق بالثمن من المرابحة والتولية وغيرهما (المرابحة بيع ما شراه) وفي الدرر بيع ما ملكه لم يقل بيع المشتري ليتناول ما اذا ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجده حيث جاز له ان يبيعه مرابحة وتولية على ما ضمن وان لم يكن فيه شراء (بما شراه به) اي بمثل ما قام عليه كما في الدرر ثم قال لم يقل بثمنه الاول لان ما يأخذه من المشتري ليس بثمنه الاول بل مثله فبهذا علم ان في عبارة المص تسامحا (وزيادة) على ما قام عليه وان لم يكن من جنسه وسبب جواز البيع مرابحة تعامل الناس بلا نكير واحتياج الغبي الى الذكي مع ان الغرض من المبيعات الاسترباح (والتولية) مصدر ولى غيره اذا جعله واليا* وفي الشرع (بيعه) اي بيع ما ملكه (به) اي بمثل ما قام عليه وفي عبارة المص تسامح ايضا لان ما شراه وهو الثمن الاول صار ملكا للبائع فلا يمكن البيع به وفيه ايضا اشتباه لما سيجيء من ان اجرة الصبغ وغيره تضم الى الثمن الاول فلا يكون الثاني مثلا له في المقدار فيكون المراد بمثل الثمن الاول بما قام عليه كما في شرح المجمع * فعلى هذا لو قال المص كما قال صاحب الدرر لكان اولى فلا يحتاج الى هذا التكلف تدبر (بلا زيادة ولا نقص) والمراد بقوله بيعه بيع العرض لان المرابحة والتولية لا تجوزان في بيع الصرف ودلالة جواز البيع تولية ما روي ان ابا بكر اشترى بعيرين فقال له النبي عليه السلام ولني احدهما اي بعه بالتولية (والوضيعة بيعه بنقص منه) اي مما قام عليه ومبناها على الامانة لان المشتري يأتمن البائع في خبره معتمدا على قوله فيجب على البائع

التنزه عن الخيانة والتجنب عن الكذب لئلا يقع المشتري في غرور (ولا يصح ذلك) اي كل من التولية والمرابحة والوضيعة (مالم يكن لثمن الاول مثليا) كالدرهم والدينار والكيلي والوزني لانه لو لم يكن مثليا كالاشياء متفاوتة كالحيوانات والجواهر يكون مرابحة بالقيمة وهي مجهولة لان معرفتها لا يمكن حقيقة فلا يجوز بيعه مرابحة وتولية الا اذا كان المشتري مرابحة ممن ملك ذلك البدل من البائع بسبب من الاسباب * ومن ثمة قال (او) كان (في ملك من يريد الشراء و) يكون (الربح معلوما) لانتفاء الجهالة * رعبارة المجمع لا يصح ذلك حتى يكون العوض مثليا او مملوكا للمشتري والربح مثلي معلوم اه وفي البحر وتقييد الربح بالمثلي اتفاقا لجواز ان يرابح على عين قيمته مشارا اليها ولذا قال في الفتح او بربح هذا الثوب * وقيد بكونه معلوما للاحتراز عما اذا باعه ده يازده اي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرين كان الربح درهمين وان كان ثلاثين كان ثلثة دراهم لا يجوز لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال كما في الهداية وغيرها (ويجوز ان يضم الى رأس المال اجر القصارة و الصبغ) سواء كان اسود او غيره (والطراز) بكسر الطاء وبالراء المهملتين وآخره زاء معجمة علم الثوب (والفتل) بفتح الفاء ما يصنع باطراف الثياب بحرير او كتان (والحمل) اي اجر حمل المبيع من مكان الى مكان برا او بحرا (وسوق الغنم والسمسار) لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار * والاصل فيه ان كل ما يزيد في المبيع او قيمته كالصبغ والحمل يلحق به ومالا فلا *وقيد بالاجر لانه او فعل شيئا من ذلك بيده لا يضمه * وكذا لو تطوع متطوع بهذه او باعارة * وكذا يضم تجصيص الدار وطي والبئر وكري الانهار والقناة والمسناة والكراب وكسح الكروم وسقيها او الزرع وغرس الاشجار * وفي البحر نقلا عن المحيط يضم طعام المبيع الا ما كان سرفا او زيادة فلا يضم وكسوته واجرة المخزن الذي يوضع فيه * واما اجرة السمسار والدلال فقال الزيلعي ان كانت مشروطة في العقد تضم والا فاكثرهم على انها عدم الضم ولا تضم اجرة الدلال بالاجماع اه * وهو تسامح فان اجرة الاول تضم في ظاهر الرواية وفي الدلال قيل لا تضم والمرجع العرف كذا في الفتح (لكن يقول) بعد ضم اجرة هذه الاشياء (قام على بكذا لا) يقول (شريته) بالاجماع تحرزا عن الكذب وكذا اذا قوم المورث ونحوه يقول ذلك * وكذا اذا رقم على الثوب شيئا وباعه برقمه فانه يقول رقمه كذا (ولا يضم نفقته) اي نفقة نفسه اي البائع (ولا) يضم (اجر الرعي والطبيب والمعلم وبيت الحفظ) لعدم العرف بالحاقه * اطلق في التعليم فشمل تعليم العبد صناعة او قرآنا او شعرا او غناء او عربية وفي المبسوط اضاف نفي ضم المنفق في التعليم الى انه ليس فيه عرف ظاهر حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر يلحقه برأس المال كما في الفتح * وكذا لا يلحق اجرة الرائض والبيطار والفداء وفي الجناية وجعل الآبق لندرته والحجامة والختان لعدم العرف * وكذا لا يضم مهر العبد ولا يحط مهر الامة لو زوجها والذي يؤخذ في الطريق بطريق الظلم لا يضم الا في موضع جرت به العادة (فان ظهر للمشتري خيانة البائع (في المرابحة) اما بالبينة او باقرار البائع او بنكوله عن اليمين وهو المختار * وقيل لا يثبت الا

باقراره (خير) المشترى (فى اخذه بكل ثمنه) وهو المسمى (او تركه) اى البيع ان امكن الترك (و) ان ظهر الخيانة (فى التولية يحط) اى المشترى (من ثمنه قدر الخيانة) عند الامام (وهو) اى الحط (القياس فى الوضيعة) يعنى اذا خان خيانة بنفى الوضيعة * اما اذا كانت خيانة توجد الوضيعة معها فهو بالخيار * وهذا قياس قول الامام لانه لو اعتبر ما سماه من الثمن لما بقى تولية لانه زائد على الثمن الاول فينقلب مرابحة * بخلاف المرابحة لانه لو اعتبر فيه المسمى لا يلزم الانقلاب بل مرابحة كما كانت فاعتبر المسمى مع الخيار فى خيانة المرابحة لفوت الرضا ولم يعتبر فى خيانة التولية لئلا تنقلب مرابحة فتعين الحط فى خيانة التولية (وعند ابى يوسف يحط فيهما) اى فى المرابحة والتولية (قدر الخيانة مع حصتها) اى حصة الخيانة (من الربح فى المرابحة) مثلا اذا قال اشتريت هذا الثوب بعشرة فباعه مرابحة بخمسة عشر ثم ظهر ان البائع كان اشتراه بثمانية يحط قدر الخيانة وهو درهمان ويحط من الربح ما يقابل قدر الخيانة وهو درهم واحد فيأخذ الثوب باثنى عشر درهما * اذ لفظ التولية والمرابحة اصل فيبتنى على العقد الاول ليتحقق الاصل الذى هو التولية والمرابحة (وعند محمد يخير) بين اخذه بكل الثمن وتركه (فيهما) اى فى المرابحة والتولية * اذ الثمن المبتنى على شرائه مجهول والثمن المسمى معلوم والمعلوم اولى من المجهول فاعتبر فيهما المسمى الا انه يخير لما مر من عدم الرضى (فلو هلك) المبيع بعد ظهور الخيار فى المرابحة (قبل الرد) الى البائع (او امتنع الفسخ) بحدوث ما يمنع الرد (لزم كل الثمن) المسمى وسقط الخيار (اتفاقا) قال فى الهداية يلزمه جميع الثمن فى الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شئ من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه اه وفى الكافى عن محمد ان المشترى يرد قيمة المبيع ويرجع على البائع بثمن سلمه اليه بناء على اصله فى اقامة القيمة مقام المبيع فى التحالف اه * فعلى هذا ان قوله اتفاقا ليس فى محله * تدبر (ومن شرى شيئا بعشرة فباعه بخمسة عشر ثم شراه) هذا الثوب (ثانيا بعشرة رابح على خمسة) يعنى يبيعه مرابحة على خمسة ويقول قام على بخمسة (وان شراه ثانيا بخمسة لا رابح) يعنى اذا استغرق الربح الثمن لا يبيعه مرابحة اصلا عند الامام (وعندهما رابح على الثمن الاخير مطلقا) سواء استغرق الربح الثمن كما فى الثانية ولا كما فى الاولى لان الاخير عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بان باعه المشترى من الاجنبى ثم باعه الاجنبى من البائع ثم اشتراه الاول منه فانه يبيعه مرابحة على الثمن الاخير * وله ان شبهة حصول الربح الاول بالعقد الثانى ثابتة لانه يتأكد به بعدما كان على شرف الزوال بالظهور على عيب * والشبهة كالحقيقة فى بيع المرابحة احتياطا * ولهذا لا تجوز المرابحة فيما اخذه بالصلح لشبهة الحطيطة فيه كما فى التبيين * وفى البحر نقلا عن المحيط ان ما قاله ابو حنيفة اوثق وما قالا ارفق (وان اشترى مأذون مديون بعشرة وباع من سيده بخمسة عشر او بالعكس) بان اشترى المولى بعشرة مثلا وباعه من عبده المأذون المستغرق بالدين بخمسة عشر (برابح) السيد فى الاول والعبد فى الثانية (على

(عشرة)

عشرة فيقول قام على بعشرة لان هذا العقد وان كان صحيحا فى نفسه فيه شبهة العدم لان العبد ملكه ومافى يده لا يخرج من حقه فاعتبر عدما فى حق المرابحة وبقى الاعتبار للبيع الاول فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة فى الفصل الاول وكأنه يبيعه للمولى فى الفصل الثانى فيعتبر الثمن الاول * والمكاتب كالمأذون لوجود التهمة بل كان من لا تقبل شهادته كالاصول والفروع واحد الزوجين واحد المتفاوضين كذلك وخالفاه فيما عدا العبد والمكاتب * وتقييده بالمديون اتفاقى ليعلم حكم غيره بالاولى لوجود ملك المولى فى اكتسابه كما فى البحر * وفيه كلام لان التقييد ليس باتفاق بل لتحقق الشرى * قال الفقيه ابو الليث فان كان العبد لا دين عليه فالشراء الثانى باطل لان العبد ان كان لا دين عليه فماله لمولاه كما فى اكثر الكتب تدبر هذا اذا لم يبين * امان بين انه اشتراه من عبده المأذون او من مكاتبه او بين انهما اشتريا من المولى يجوز بيعهم مرابحة كما ٦ فى النقاية فعلى هذا لو قال الا ان بين لكان اولى: (والمضارب بالنصف لو شرى) بمال المضاربة شيئا (بعشرة وباع من رب المال بخمسة عشر يرابح رب المال على اثنى عشر ونصف) فيقول قام على باثنى عشر ونصف هذا عندنا لان كل واحد منهما يستفيد ملك اليد بهذا العقد وان لم يستفد ملك الرقبة فليعتبر العقد مع شبهة العدم لان المضارب وكيل من رب المال فى البيع الاول من وجه فجعل البيع الثانى عدما فى حق نصف الربح * وعند زفر لا يجوز بيع رب المال من المضارب ولا بيع المضارب منه لانعدام الربح لان الربح يحصل اذا بيع من الاجنبى اذ البيع تمليك مال بمال غيره وهو يشترى ماله بماله (ويرابح) من يريد المرابحة (بلا بيان) اى من غير بيان انه اشتراه سليما بكذا من الثمن فتعيب عنده اما بيان نفس العيب القائم به فلا بد منه لئلا يكون غاشا له للحديث الصحيح من غش فليس منا كما فى البحر (لو اعورت المبيعة) بآفة سماوية او بصنع المبيعة (او وطئت وهى) والحال انها (ثيب) ولم ينقصها الوطئ سواء كان الواطئ مولاها او غيره * ولذا اتى بصيغة المجهول (او اصاب الثوب قرض فأر) اى قطع فأر (او حرق نار) لان جميع ما يقابله الثمن قائم اذ الفائت وصف فلا يقابله شئ من الثمن اذا فات بلا صنعه * ولذا لو فات فى يد البائع قبل قبض المشترى لا يسقط باعتبار الشئ من الثمن الا ان المشترى بالخيار اخذه بكل الثمن او تركه * وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن * وعند زفر وهو قول الشافعى ورواية عن ابى يوسف يجب البيان لان النقصان فى صورة الاعورار * اما فى صورة وطئ الثيب فلا خلاف * وقال ابو الليث وقول زفر اجود وبه نأخذ ورجحه فى الفتح وعن محمد انه ان نقصه قدرا لا يتغابن الناس فيه لا يبيعه مرابحة بلا بيان * ودل كلامه انه لو نقص بتغير السعر بامر الله لا يجب عليه ان يعين بالاولى انه اشتراه فى حال غلائه * وكذا لو اصفر الثوب لطول مكثه او توسخ كما فى البحر (وان فقئت عينها) بمباشرة الغير سواء فقأها المولى او الاجنبى بامر المولى او بدونه (او وطئت وهى بكر) سواء كان الوطئ مولاها او غيره (او تكسر الثوب من طيه ونشره لزم البيان) اى بيعه مرابحة بشرط ان يبين العيب حيث احتبس عنده جزء بعض المبيع وهو العذرة والعين لان ازالة العذر واخراج العين عند كونها فى ملكه فلا يملك بيع الباقى بكل

٦ ليس فى النقاية مثل هذا * لعل الشارح اخذه من الايضاح م

الثمن مرابحة وتولية اذ الاوصاف اذا صارت مقصودة بالاتلاف صار بها حصة من الثمن بلا خلاف * اما اذا فقأها الاجنبي فيجب البيان اخذ ارشها او لالانه لما فقأ الاجنبي اوجب عليه ضمان الارش ووجوب ضمان الارش سبب لاخذ الارش فاخذ حكمه فما وقع في الهداية من التقييد بقوله واخذ المشتري ارشه اتفاقي كما في الفتح * وانما قلنا بمباشرة الغير لانه اذا فقأ بفعل نفس المبيع فهو بمنزلة ما لو تعيب بآفة سماوية (وان اشترى بنسيئة وربح بلا بيان خير المشتري) اي من اشترى ثوبا بعشرة نسيئة وباعه بربح واحد حالا ولم يبين ذلك فعلم المشتري خيانته يصير مخيرا ان شاء رده قبله لان للاجل شبها بالمبيع * الا ترى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل * والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة احتياطا فصار كأنه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما (فان اتلفه) اي المشتري المبيع (ثم علم لزم كل ثمنه) المسمى اذ ليس له الاولاية الرد ولا رد مع الاتلاف ولو عبر بالتلف لكان اولى لان حكم الاتلاف يعلم من حكم التلف بالاولى بخلاف العكس كما في البحر (وكذا التولية) يعني لو اشترى بنسيئة وولاه بلا بيان ثم علم المشتري الخيانة خير لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لابتنائها على الثمن الاول كما في الفرائد وغيره لكن ينبغي ان يعود قوله وكذا التولية الى جميع ما ذكره للمرابحة فلا بد من البيان في التولية ايضا كما في البحر (ولو اشترى ثوبين صفقة كلا بخمسة كره بيع احدهما مرابحة بخمسة بلا بيان) اي من غير بيان انه اشتراه بخمسة مع ثوب آخر لان الجيد قد يضم الى الردي لترويجه * وهذا عند الامام * وقالا لا يكره * قيد بثوبين لان المشتري لو كان مما يكال او يوزن او يعد يجوز بلا كراهة اتفاقا وقيد بقوله صفقة لانه لو كانا بصفقتين يجوز ايضا اتفاقا * وقيد بكلا بخمسة اذ لو بين ثمن كل واحد منهما لا يكره اتفاقا * وقيد بخمسة لانه لو باعه بالزائد لا يجوز اتفاقا * وقيد المرابحة ليس للاحتراز عن التولية لانها في الحكم كذلك بل لانه لو باعه مطلقا لا يكره اتفاقا (من ولى) اي باع شيئا بالتولية (بما قام عليه) او بما اشتراه (ولم يعلم مشتريه قدره) بكم قام عليه في المجلس (فسد) البيع لجهالة الثمن * وكذا المرابحة (وان علم) واي علم المشتري قدره (في المجلس خير) بين اخذه وتركه لان الفساد لم يتقرر * فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس * فان علم بعد التفرق يتقرر الفساد * وفي التنوير لا رد بغبن فاحش في ظاهر الرواية * ويفتى بالرد ان غره * والا لا * وتصرفه في بعض المبيع غير مانع منه

فصل

في بيان البيع قبل قبض المبيع والتصرف في الثمن بالزيادة والنقصان وغير ذلك * وجه ايراد الفصل ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المرابحة * ووجه ذكرها في بابها الاستطراد باعتبار تقييدها بقيد زائد على البيع المجرد (لا يصح بيع المنقول قبل قبضه) لنهيه صلى الله تعالى عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك بخلاف هبة والتصدق به واقراضه قبل القبض من غير البائع فانه صحيح عند محمد على الاصح خلافا لابي يوسف واما كتابة العبد المبيع قبل القبض موقوفة وللبائع حبسه بالثمن وان نقده نفذت كما في التبيين ولا خصوصية لها بل كل عقد يقبل النقض فهو موقوف * واما تزويج الجارية المبيعة قبل قبضها فجائز بدليل صحة تزويج

الابق* واما الوصية به قبل القبض فصحيحة اتفاقا* واطلاق البيع شامل للاجارة والصلح لانه بيع* وقيد بالمنقول لانه لو كان مهرا او ميراثا او بدل الخلع او العتق عن مال او بدل الصلح عن دم العمد يجوز بيعه قبل القبض بالاتفاق* والاصل ان كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل قبضه فالتصرف فيه غير جائز وما لا فجائز كما في البحر (ويصح في العقار) اي يصح بيع عقار لا يخشى هلاكه قبل قبضه عند الشيخين (خلافا لمحمد) وهو قول زفر والشافعي عملا باطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول* ولهما ان ركن البيع صدر عن اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك بالعقار نادر حتى اذا تصور هلاكه قبل القبض لا يجوز بيعه بان كان على شط النهر او كان المبيع علوا* فعلى هذا لو قيد بلا يخشى هلاكه قبل القبض كما قيدنا لكان اولى تدبر* بخلاف المنقول والغرر المنهى غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز وانما عبر بالصحة دون النفاذ واللزوم لان النفاذ واللزوم موقوفان على نقد الثمن او رضاء البائع والا فللبائع ابطاله* وكذا كل تصرف يقبل النقض اذا فعله المشتري قبل القبض او بعده بغير اذن البائع فللبائع ابطاله* بخلاف ما لا يقبل النقض كالعتق والتدبير والاستيلاد كما في البحر (ومن اشترى كيليا) كيلا اي بشرط الكيل (لا يجوز له) اي المشتري (بيعه ولا اكله حتى يكيله) ثانيا لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم اذا ابتعت فاكتل واذا بعت فكل ولاحتمال الغلط في الكيل الاول اذ ربما ينقص او يزيد فالزيادة للبائع فيصير التصرف في مال الغير حراما فيجب الاحتراز لكونه ربويا بخلاف ما اذا اشترى مجازفة لان الزيادة له* ولم يذكر فساد البيع ونص في الجامع الصغير على فساده* وفي الفتح نقلا عن الجامع الصغير او اكله وقد قبضه بلا كيل لا يقال انه اكله حراما لانه اكل ملك نفسه الا انه اثم لتركه ما امر به من الكيل* وكان هذا الكلام اصلا في سائر المبيعات بيعا فاسدا اذا قبضها فملكها فاكلها* وقد تقدم انه لا يحل اكل ما اشتراه فاسدا وهذا يبين ان ليس كل ما لا يحل اكله اذا اكله ان يقال فيه اكل حراما (وكفى كيل البائع بعد العقد بحضرته) اي بحضرة المشتري لان المبيع صار معلوما به وتحقق التسليم (هو الصحيح) رد لما قيل شرط كيلان كيل البائع بعد العقد بحضرة المشتري وكيل المشتري قبل التصرف فيه* قيد ببعد العقد وبحضرة المشتري لانه اذا كاله قبل العقد مطلقا وبعده في غيبة المشتري لا يكون كافيا كما في البحر (ومثله) اي مثل الكيلي (الوزني والعددي) غير الدراهم والدنانير اي لا يبيعه ولا يأكله حتى يزنه او يعده ثانيا ويكفي ان وزنه او عده بعد البيع بحضرة المشتري* وفي المجتبى لو اشترى المعدود عدا كالموزون لحرمة الزيادة عليه* هذا عند الامام في اظهر الروايتين وعنه انه كالمذروع وهو قولهما لانه ليس من الربويات فعلى هذا يلزم للمص التفصيل تدبر وانما قيدنا بغير الدراهم والدنانير لانهما يجوز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن كما في الايضاح* هذا كله في غير بيع التعاطي اما هو فلا يحتاج الى وزن المشتري ثانيا ان صار بيعا بالقبض بعد الوزن* وفي الخلاصة وعليه الفتوى (لا المذروع) اي لا يحرم بل يجوز بيعه والتصرف فيه قبل اعادة الذرع بعد القبض لان الزيادة له اذ الذراع وصف في الثوب واحتمال النقص انما

يوجب خياره وقد اسقط بيعه بخلاف القدر * وفى التبيين هذا اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا وان سمى فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع (وصح التصرف فى الثمن) ببيع وهبة واجارة و وصية وتمليك ممن عليه بعوض وغير عوض (قبل قبضه) سواء كان مما لا يتعين كالنقود او مما يتعين كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلا بدراهم او بكر من الحنطة جاز ان يأخذ بدله شيئا آخر لان المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف لعدم تعينها بالتعيين اى فى النقود بخلاف البيع كما فى العناية وغيرها * لكن المدعى عام وهو التصرف فى الثمن قبل القبض جائز مطلقا سواء كان مما لا يتعين او مما يتعين كما مر * والدليل وهو انتفاء غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين فيكون الدليل اخص من المدعى تدبر (والحط منه) اى صح حط البائع بعض الثمن ولو بعد هلاك المبيع لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط فى الحال ويلتحق باصل العقد استنادا * وفيه اشارة الى ان حط كل الثمن غير ملتحق بالعقد اتفاقا (و) صح (الزيادة فيه) اى فى الثمن (حال قيام المبيع) ان قبل البائع فى المجلس حتى لو زاده فلم يقبل حتى تفرقا بطلت الزيادة كما فى ٧ الهداية وغيرها * فعلى هذا لو قيد به لكان اولى لانه مما لابد منه (بعد هلاكه) اى المبيع فى ظاهر الرواية اذ لو هلك المبيع او تغير بتصرف المشترى فيه حتى خرج عن اطلاق اسمه عليه كبر طحن او خرج عن محلية المبيع كعبد دبر لا تجوز الزيادة اذ ثبوتها ملحوظ فى مقابلة الثمن وهو غير باق على حاله فلم يتصور التقابل فيه (وكذا) صح (الزيادة فى المبيع) ولزم البائع دفعها ان قبل المشترى ذلك لانه تصرف فى حقه وملكه ويلتحق بالعقد فيصير حصته من الثمن حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتوالدة من المبيع حيث لا يسقط شئ بهلاكها قبل القبض وكذا اذا زاد فى الثمن عرضا كما لو اشتراه بمائة وتقابضا ثم زاده المشترى عرضا قيمته خمسون وهلك العرض قبل التسليم ينفسخ العقد فى ثلثه ولا يشترط للزيادة هنا قيام المبيع فتصح بعد هلاكه بخلاف الزيادة فى الثمن كما فى البحر * وقال يعقوب باشا وههنا كلام وهو ان الظاهر من الكافى ان الزيادة بعد تلف المبيع سواء كانت فى الثمن او فى المبيع تصح فى رواية ولا تصح فى ظاهر الرواية لان الزيادة تغير العقد من وصف الى وصف فتستدعى قيام العقد وقيامه بقيام المبيع * وذكر فى بعض شروح الجامع الصغير ان الزيادة فى المبيع او الثمن انما تجوز اذا كان المبيع قائما ولا تجوز لو كان المبيع هالكا فبين هذا وبين ما ذكر منافاة فليتأمل فى التوفيق (ويتعلق الاستحقاق بكل ذلك) اى استحقاق البائع والمشترى بكل الثمن والمبيع و الزائد والمزيد عليه فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا * قال صدر الشريعة ويمكن ان يراد انه اذا استحق مستحق المبيع او الثمن فالاستحقاق يتعلق بجميع ما يقابله من المزيد والمزيد عليه فلا يكون الزائد صلة مبتدأة كما هو مذهب زفر والشافعى اه * واعترض عليه صاحب الدرر بانه لا يمكن ذلك لان مدار هذا الاستحقاق على الدعوى والبينة فان ادعى المستحق مجرد المزيد عليه واثبته اخذه وان ادعاه مع الزيادة واثبته اخذه * وكذا ان ادعى الزيادة فقط ثم

٨ وجدته فى بعض الكتب مثل القهستانى ولكن ما وجدته فى الهداية منه

ان حكم الاستحقاق يظهر في التولية والمرابحة فليتأمل (فيرابح ويولي) هذا تفريع على صحة الزيادة والحط وعلى الحاقهما باصل العقد (على الكل ان زيد وعلى مابقي ان حط) لان كلا من الزيادة والنقصان ملتحق باصل العقد فتعتبر المرابحة والتولية بالنسبة اليه (والشفيع يأخذ بالاقل في الفصلين) اي فصل الزيادة على الثمن وفصل الحط عنه وان كان مقتضى الالحاق باصل ان يأخذ بالكل في صورة الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطاله وليس لهما ابطاله (ومن قال بع عبدك من زيد بالف على اني ضامن كذا) اي مائة مثلا (من الثمن سوى الالف اخذ) اي مولى العبد (الالف من زيد والزيادة منه) اي من الضامن لان الزيادة المشروطة جعلت من الاصل المقابل للمبيع فكأنه التزم بعض ماورد عليه العقد من الثمن فيؤخذ منه (وان لم يقل من الثمن) والمسئلة بحالها (فالالف على زيد) لانه ثمن العبد (ولاشئ عليه) من الثمن على القائل لانه لم يزد* فان قيل فكيف لاشئ عليه وعبارته صريحة بالضمان* قلنا مبنى الكلام على انه قال بع عبدك من زيد بالف على اني ضامن سوى الالف فالضمان اذن غير متعلق بالثمن فلاشئ عليه من الثمن* هذه المسئلة من تفاريع زيادة الثمن وفي ذكرها فائدة جوازها من الاجنبي ايضا* ولهذا ذكرها المص في هذا الباب ولقد اصاب ولم يذكر صاحب الهداية بل اوردها بعد السلم (وكل دين اجل باجل معلوم صح تأجيله) وان كان حالا في الاصل لان المطالبة حقه فله ان يؤخره سواء كان ثمن مبيع او غيره تيسيرا على من له عليه الاترى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا* ولابد من قبوله ممن عليه الدين فلو لم يقبله بطل التأخير فيكون حالا* ويصح تعليق التأجيل بالشرط كما في البحر (الا القرض) استثناء من قوله وصح تأجيله اي فلا يصح تأجيل لكونه اعارة وصلة في الابتداء ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لايلزم التأجيل فيه كما في اعارة* اذ لاجبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لايصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا* وفي الظهيرية القرض المجحود يجوز تأجيله وفصل صاحب التنوير مسئلة القرض لكثرة الاحتياج اليها في المعاملات فقال القرض هو عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلي لرد مثله وصح في مثلي لا في غيره فصح استقراض الدراهم والدنانير* وكذا مايكال او يوزن او يعد متقاربا* فصح استقراض جوز وبيض ولحم* استقرض طعاما بالعراق فاخذه صاحب القرض بمكة فعليه قيمته بالعراق يوم اقترضه عند ابي يوسف وعند محمد يوم اختصما وليس عليه ان يرجع الى العراق فيأخذ طعامه* ولو استقرض الطعام ببلد فيه الطعام رخيص فلقيه المقرض في بلد فيه الطعام غال فاخذه الطالب بحقه فليس له ان يحبس المطلوب ويؤمر المطلوب بان يوثق به حتى يعطيه طعامه في البلد الذي استقرض فيه* استقرض شيئا من الفواكه كيلا او وزنا فلم يقبضه حتى انقطع فانه يجبر صاحب القرض على تأخيره الى مجئ الحديث الا ان يتراضيا على القيمة* ويملك المستقرض القرض بنفس القبض عند الشيخين خلافا لابي يوسف* اقرض صبيا فاستهلكه الصبي لايضمنه* وكذا المعتوه* ولو عبدا محجورا لايؤاخذ به قبل العتق وهو

كالوديعه*استقرض من آخر دراهم فاتاه المقرض فقال المستقرض القها في الماء فالقاها لاشئ على المستقرض والقرض لايتعلق بالجائز من الشروط فالفاسد فيها لايبطله ولكنه يلغو شرطه ردشئ آخر *فلو استقرض الدراهم المكسورة على ان يؤدي صحيحا كان باطلاو عليه مثل ماقبض (الافي الوصية) فهو استثناء من المستثنى يعني اذا اوصى ان يقوض من ماله الف درهم فلانا الى ستة يجوز من الثلث ويلزم ولايطالب حتى تمضي المدة لانه وصية بالتبرع والوصية يتسامح فيها نظرا للموصي * الاترى انها تجوز بالخدمة والسكنى وتلزم (و لايصح التأجيل الى اجل مجهول متفاحش) الجهالة (كهبوب لريح) ونزول المطر مثلا (ويصح في المتقارب كالحصاد ونحوه) كما جاز ذلك في الكفالة

باب الربوا

وجه مناسبته للمرابحة ان في كل منهما زيادة الا ان تلك حلال وهذه حرام والحل هو الاصل في الاشياء فقدم مايتعلق بتلك الزيادة على مايتعلق بهذه* والربوا بكسر الراء والقصر اسم من الربو بالفتح والسكون فلامه واو ولذا قيل في النسبة ربوى وفتحها خطأ * وفي المصباح الربوا الفضل والزيادة وهو مقصور على الاشهر * وليس المرد مطلق الفضل بالاجماع وانما المراد فضل مخصوص فلذا عرفه شرعا بقوله (هو فضل مال) اى فضل احد المتجانسين على الاخر بالمعيار الشرعي اى الكيل والوزن ففضل قفيزي شعير على قفيزي بر لايكون ربوا (خال) ذلك الفضل (عن عوض) قيد به ليخرج بيع كر بر وكر شعير بكري بر وكري شعير فان للثاني فضلا على الاول لكنه غير خال عن العوض بصرف الجنس الى خلاف جنسه بان يباع كر بر بكري شعير وكر شعير بكري بر (شرط) جملة فعلية صفة لفضل مال اى شرط ذلك الفضل (لاحد العاقدين) اى البائعين او المقرضين او الراهنين للاحتراز عما اذا شرط لغيرهما فلايكون ربوا * وفي الايضاح قال في احد البدلين ولم يقل لاحد العاقدين لان العاقد قد يكون وكيلا وقد يكون فضاليا والمعتبر كون الفضل للبائع او للمشتري اه * لكن عقد الوكيل عقد للموكل وعقد الفضولي يتوقف على قبول المالك فيصير العاقد حقيقة الموكل او المالك فلا حاجة الى التبديل تدبر (في معاوضة مال بمال) قيد بها للاحتراز عن هبة بعوض زائد ويدخل فيه ما اذا شرط فيه من الانتفاع بالرهن كالاستخدام والركوب والزراعة واللبس وشرب اللبن وكل ثمر فان الكل ربوا حرام كما في القهستاني (وعلته) لوجوب المماثلة التي يلزم عند فواتها الربوا وفي اصطلاح الاصول العلة ما يضاف اليه ثبوت الحكم بلاواسطة فخرج الشرط لانه لايضاف اليه ثبوته والسبب والعلامة وعلة العلة لانها بالواسطة (القدر) لغة كون شئ مساويا لغيره بلازيادة ولانقصان وشرعا لتساوي في المعيار الشرعي الموجب للمماثلة الصورية وهو الكيل والوزن (والجنس) اى مع اتحاد الجنس في العوضين فالعلة مجموع الوصفين عندنا لان الاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا *عد الاشياء الستة: الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة* اى بيعوا مثلا بمثل او بيع الحنطة مثل بمثل حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه

واعرب باعرابه ومثل خبره * ولما كان الامر لوجوب البيع مباح صرف الوجوب الى
رعاية المماثلة كما في قوله تعالى فرهان مقبوضة حيث صرف الايجاب الى القبض فصار
شرط الرهن والمماثلة بين الشيئين يكون باعتبار الصورة والمعنى معا والقدر يسوى الصورة كما
بيناه والجنسية تسوى المعنى فيظهر الفضل الذى هو الربوا ولا يعتبر الوصف لقوله عليه السلام
جيدها ورديها سواء (فحرم) تفريع على كون العلة القدر والجنس (بيع الكيلى والوزنى بجنسه)
كبيع الحنطة بالحنطة والذهب بالذهب مثلا (متفاضلا) لوجود الربوا في ذلك (او نسيئة) اى
باجل لما في ذلك شبهة الفضل اذ النقد خير (ولو) وصلية (غير مطعوم) خلافا للشافعي فان
علة الربوا عنده الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط لعمل العلة عملها حتى
لاتعمل العلة المذكورة عنده الا عند وجود الجنسية (كالجص) من المكيلات (والحديد)
من الموزونات والطعم غير معتبر عندنا (وحل) بيع ذلك (متماثلا مع التقابض او متفاضلا
غير معير) اى بغير عيار (كحفنة بحفنتين) لانتفاء جريان الكيل ومادون نصف صاع فهو
في حكم الحفنة لانه لاتقدير للشرع بمادونه * واما اذا كان احد البدلين يبلغ حد نصف الصاع
او اكثر والآخر لم يبلغه فلا يجوز كما في العناية (وبيضة ببيضتين وتمرة بتمرتين) وحاصله
ان مالا يدخل تحت المعيار وهو الكيل والوزن اما لقلته كالحفنة والحفنتين والتمرة و
التمرتين واما لكونه عدديا لايباع بالمعيار الشرعى كالبيضة والبيضتين والجوزة والجوزتين
يحل البيع متفاضلا لعدم جريان القدر والمعيار فلا وجد المساواة فلم يتميز الفضل وبقى على
الاصل وهو الحل عندنا * خلافا للشافعي لوجود علة الحرمة وهى الطعم مع عدم المخلص
وهو المساواة فيحرم لان الاصل عدم الحرمة (فان وجد الوصفان) اى الكيل او الوزن
مع الجنس (حرم الفضل) كقفيز بقفيزين منه (و) حرم (النساء) ولو مع التساوى
كقفيزين بقفيزين منه احدهما او كلاهما نسيئة لوجود العلة (وان عدما) اى كل منهما
(حلا) اى الفضل والنساء لعدم العلة الموجبة للحرمة اذ الاصل الجواز والحرمة بعارض
فيجوز مالم يثبت فيه دليل الحرمة (وان وجد احدهما فقط حل التفاضل) كما اذا بيع قفيز
حنطة بقفيزى شعير يدا بيد حل الفضل فان احد جزئى العلة وهو الكيل موجود هنا دون
الجزء الاخر وهو الجنسية وان بيع خمسة اذرع من الثوب الهروى بستة اذرع منه يدا بيد
حل ايضا لان الجنسية موجودة دون القدر (لا النساء) اى لايحل النساء في هاتين الصورتين
ولو بالتساوى * وذلك لان جزء العلة وان كان لايوجب الحكم لكنه يورث الشبهة في الربوا
والشبهة في باب الربوا ملحقة لكنها ادون من الحقيقة فلابد من اعتبار الطرفين ففى
النسيئة احد البدلين معدوم وبيع المعدوم غير جائز فصار هذا المعنى مرجحا لتلك الشبهة
فلا يحل * وفي غير النسيئة لم تعتبر الشبهة قلنا ان الشبهة ادون من الحقيقة على ان الخبر المشهور
وهو قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد يؤيد ماقلنا * و
عند الشافعي ان الجنس بانفراده لايحرم النساء كما في شرح الوقاية * ثم فرعه بقوله (فلا يصح

سلم هروى فى هروى) لوجود الجنس والنسأ فى المسلم فيه (ولا) سلم (بر فى شعير)
لوجود القدر مع النساء (وشرط التعيين والتقابض) فى المجلس (فى الصرف) لقوله
عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه خذ يدا بيد * والمراد به القبض كنى بها لانها عنه لانها آلته
(و) شرط (التعيين فقط فى غيره) اى فى غير عقد الصرف من الربويات * ولا يشترط التقابض فى
بيع الطعام بمثله عينا * حتى لو باع برا ببر بعينهما وتفرقا قبل القبض جاز عندنا * خلافا للشافعى * و
انما قلنا بمثله اذا التفاضل لا يجوز اتفاقا * وانما قلنا عينا اذ لو لم يكن معينا لا يجوز اتفاقا * اما
عندنا فلعدم العينية * واما عنده فلعدم القبض * وللشافعى قوله عليه السلام الطعام بالطعام يدا بيد
ولانه لو لم يقبض فى المجلس يتعاقب القبض فيوجد فى القبض الاول مزية فيتحقق شبهة الربوا *
ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب * وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هى التمكن
فى التصرف فيه فيترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به * ومعنى
قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين لما رواه عبادة بن الصامت كذا * وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا
فى مال عرفا بخلاف النقد والاجل (وما نص) على صيغة المجهول (على تحريم الربوا فيه كيلا
فهو كيلى ابدا كالبر والشعير والتمر والملح او) ان نص (على تحريمه) اى تحريم الربوا فيه
(وزنا فهو وزنى ابدا كالذهب والفضة ولو) وصلية (تعورف بخلافه) لان النص قاطع
واقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى (وما لا نص فيه) اى كونه كيليا او وزنيا (حمل
على العرف كغير الستة المذكورة) من البر الى الفضة لان الشرع اعتبر عادة الناس لقوله عليه السلام
ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وقال الشافعى هو محمول على عادة اهل الحجاز
فى عهد رسول الله عليه السلام * لنا ذلك فى نصاب الزكاة والكفارات لان الامة اجتمعت على
خلاف ذلك فى البياعات * وعن ابى يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان
النص على ذلك بمكان العرف وقد تبدل فيتبدل حكمه * قال المولى سعدى استقراض الدراهم
عددا وبيع الدقيق وزنا على ما هو المتعارف فى زماننا ينبغى ان يكون مبنيا على هذه الرواية
ثم فرعه بقوله (فلا يجوز بيع البر بالبر متماثلا وزنا) لان البر كيلى شرعا لا وزنى (ولا
يجوز بيع (الذهب بالذهب متماثلا كيلا) لان الذهب وزنى لا كيلى وان تعارفوا ذلك
لاحتمال الفضل على ما هو المعيار فيه (وجاز بيع فلس معين بفلسين معينين) عند الشيخين
(خلافا لمحمد) بيع الفلس بجنسه متفاضلا يحتمل وجوها الاول ان يكون كلاهما فى البيع
معينا * الثانى ان يكون المبيع معينا والثمن غير معين * الثالث عكس الثانى * الرابع ان يكون كل منهما
غير معين * والكل فاسد سوى الوجه الاول * له ان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل
باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كبيع الدرهم بالدرهمين * ولهما ان الثمنية فى
حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما وتبطل باصطلاحهما واذا بطلت تتعين بالتعيين
بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة (ويجوز بيع الكرباس بالقطن) وكذا بالغزل كيف ما كان
لاختلافهما جنسا لان الثوب لا ينقض ليعود غزلا وقطنا * والكرباس اشاب من الملحم

(والجمع)

والجمع كرابيس كما لو باع القطن بغزله فانه يجوز كيف ما كان لاختلاف الجنس وهو قول محمد* و
قال ابو يوسف لا يجوز الا متساويا وقول محمد اظهر ٥ وفي الحاوي وهو الاصح ولو باع قطنا غير
محلوج بمحلوج جاز اذا علم ان الخالص اكثر مما في الآخر والا لا يجوز ولو باع القطن غير المحلوج
بحب القطن فلا بد ان يكون الحب الخالص اكثر من الحب الذي في القطن (و) يجوز (بيع
اللحم بالحيوان) عند الشيخين (وعند محمد) وهو قول الشافعي (لا يجوز بيعه) اي بيع اللحم
(بحيوان جنسه حتى يكون اللحم اكثر مما في الحيوان من اللحم) ليكون بعض اللحم بمقابلة ما فيه
والباقي من اللحم بمقابلة السقط كالجلد والكرش والامعاء والطحال لانهما جنس واحد* ولهذا
لا يجوز بيع احدهما بالآخر نسيئة فكذا متفاضلا كالزيت بالزيتون وهو القياس * ـ لهما ان
الحيوان ليس لحمه بمال ولا ينتفع به انتفاع اللحم وماليته معلقة بالذكاة فيكون جنسا آخر بخلاف
الزيت والزيتون وهو الاستحسان * قيد باللحم لانه لو باع احد الشاتين المذبوحتين الغير
المسلوختين بالاخرى جاز اتفاقا بان يجعل لحم كل منهما بجلد الآخر ولو كانتا مسلوختين يجوز
اذا تساويا وزنا * ولو اشترى شاة حية بشاة مذبوحة يجوز اتفاقا* موضع الخلاف بيع اللحم من
جنس ذلك الحيوان (ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متماثلا ٢ كيلا) لا متفاضلا لاتحاد الاسم
والصورة والمعنى وبه تثبت المجانسة من كل وجه ولا يعتبر احتمال التفاضل كما في البر بالبر* وقيده
ابن الفضل بما اذا كانا مكبوسين والا لا يجوز *خلافا للشافعي لعدم الاعتدال في دخوله الكيل
لانه ينكبس ويمتلئ جدا* وقوله كيلا احتراز عن الوزن لان فيه روايتين وعن الجزاف واشارة
الى نفي قول الشافعي (لا) يجوز بيع الدقيق (بالسويق) اي اجزاء حنطة مقلية والدقيق
اجزاء حنطة غير مقلية (اصلا) اي لا متفاضلا ولا متساويا عند الامام لانه لا يجوز بيع الدقيق
بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة وبيع المقلية والسويق متساويا
جائز لاتحاد الاسم (خلافا لهما) اي قالا يجوز كيف ما كان لاختلاف الجنس ولكن يدا بيد
لان القدر يجمعهما (ويجوز بيع الرطب بالرطب متماثلا) خلافا للشافعي (وكذا) يجوز
(بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب متماثلا) عند الامام لان الرطب والتمر متجانسان بالذات
لا بالصفات فيدخل تحت قوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر مثل بمثل وان لم يتجانس على زعم
المخالف يجوز ايضا لدخوله تحت قوله صلى الله تعالى عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف
شئتم بعد ان يكون يدا بيد (خلافا لهما) لانتقاض الرطب بالجفاف وبيع العنب بالزبيب على هذا
الخلاف (وكذا) يجوز (بيع البر رطبا) بفتح الراء وسكون الطاء (او مبلولا بمثله او باليابس و)
بيع (التمر والزبيب منقعين بمثلهما متساويا) حال من الجمع يعني يجوز بيع البر رطبا او مبلولا
بمثله او باليابس وبيع التمر والزبيب منقعين بمثلهما متساويا عند الشيخين لان حال المبيع معتبر وقت
العقد فيعتبر التساوي فيه اختلفت الصفة اولم تختلف (خلافا ٣ لمحمد) في جميع ذلك لانه
اعتبر التساوي في الحال والمال* وترك ابو يوسف الاصل الذي هو تحقق التساوي حال العقد في بيع
الرطب بالتمر* وكان محمد لحديث النبي عليه السلام انه سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال ايبي او ينقص

٢ قوله كيلا ينبغي ان يكون بمعنى مكيلين * لكن الظاهر عند انتصاب كيلا على التميز عن النسبة اي متساويا كيله كما قال مولى سعدي منه

٣ وفرق امام محمد رحمه الله تعالى بين هذا الاشياء وبين بيع الرطب بالرطب والعنب بالعنب فقال التفاوت ثمة بعد خروج البدلين عن اسم عقد عليه العقد فلا يكون تفاوتا في المعقود عليه فلا يكون معتبرا وفي هذا الاشياء يظهر التفاوت بعد الجفاف مع ابقاء البدلين او احدهما على اسم عقد عليه فلا يوجد المماثلة في المال هو اعدل الاحوال منه

اذاجف فقيل نعم قال لا اذا فبقى الباقى على القياس (ويجوز بيع لحم حيوان بلحم حيوان غير جنسه متفاضلا) نقدا (وكذا اللبن) وعن الشافعى انهما جنس واحد لاتحاد المقصود فلا يجوز متساويا * ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يضم بعضها الى بعض فى الزكاة فكذا اجزاؤها * وقيدنا بالنقد لان بيعه نسيئة غير جائز بالاتفاق (والجاموس مع البقر جنس واحد وكذا المعز مع الضأن والبخت مع العراب) فلا يجوز بيع لحم البقر بالجاموس متفاضلا لاتحاد الجنس بدليل الضم فى الزكاة للتكميل فكذا اجزاؤهما ما لم يختلف المقى كشعر المعز وصوف الضأن فانهما جنسان * فان قلت لم جاز لحم الطير بعضه ببعض متفاضلا مع انه جنس واحد ولم يتبدل بالصفة * قلنا انما جاز لانه غير موزون عادة فلم يكن مقدارا فلم توجد العلة فحاصله ان الاختلاف باختلاف الاصل او المقى او بتبدل الصفة * وفى الفتح ينبغى ان يستثنى من لحوم الطير الدجاج والاوز لانه يوزن فى عادة ديار مصر بعظمه ويجوز بيع خل العنب بخل الدقل نقدا (متفاضلا) لانهما جنسان متغايران كاصلهما (وكذا شحم البطن بالالية او باللحم) اى يجوز بيعها متفاضلا وان كان كلها من الضأن لانها اجناس مختلفة لاختلاف الاسماء والصور والمقاصد (و) يجوز بيع (الخبز بالبر او الدقيق او السويق) متفاضلا لعدم التجانس لان الخبز وزنى او عددى والبر كيلى بالنص ولم يجمعهما قدر * وكذا بيع الخبز بالدقيق او السويق متفاضلا لما ذكرنا من عدم التجانس فلم توجد علة الربوا * هذا اذا كانا نقدين واما اذا كان احدهما نسيئة سواء كان خبزا او برا او دقيقا فيجوز فى صورة كون البر نسيئة عند الامام لانه اسلم موزونا فى مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره * قيل يفتى به ويجوز فى صورة كون الخبز نسيئة عند ابى يوسف لانه اسلم فى موزون * وقيل يفتى به * وعن هذا قال (وان) وصليه (كان احدهما نسيئة به يفتى) للتعامل * وفى الحاوى ويجوز بيع اللبن بالجبن (ولا يجوز بيع الجيد بالردى) اذا قوبل بجنسه مما فيه الربوا (الا متساويا) لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم جيدها ورديها سواء (وكذا) لا يجوز بيع (البسر بالتمر) الا متساويا لاطلاق التمر على البسر (ولا) يجوز (بيع البر بالدقيق او بالسويق او بالنخالة مطلقا) اى لا متساويا ولا متفاضلا لان المجانسة باقية من وجه باعتبار انها اجزاء الحنطة (ولا) يجوز (بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت) فى صورة بيع الزيتون به (والشيرج) فى صورة بيع السمسم به (اكثر مما فى الزيتون والسمسم) فيه اللف والنشر المرتب * وهو ان يرجع الاول للاول والثانى للثانى (لتكون الزيادة بالثجير) بفتح الثاء المثلثة ثفل كل شئ يعصر * اعلم ان البيع لا يجوز فى ثلث صور الاولى ان يعلم ان الزيت الذى فى الزيتون اكثر لتحقق الفضل من الدهن والثفل الثانية ان يعلم التساوى لخلو الثفل عن العوض الثالثة ان لا يعلم انه مثله او اكثر او اقل فلا يصح عندنا لان الفضل المتوهم كالمحقق احتياطا وعند زفر جاز لان الجواز هو الاصل والفساد لوجود الفضل الخالى فما لم يعلم لا يفسده ويجوز البيع فى صورة بالاجماع ان يعلم ان الزيت المفصل اكثر ليكون الفضل بالثفل وكل شئ ثفله قيمة اذا بيع بالخالص منه لا يجوز حتى يكون الخالص اكثر كبيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه

والتمر بنواه كما في البحر (ولا يستقرض الخبز اصلا) اي لا وزنا ولا عددا عند الامام للتفاوت الفاحش من حيث الطول والعرض والغلظ والرقة ومن حيث الخباز والتنور (وعند ابي يوسف يجوز) استقراضه (وزنا) لامكان التساوي في الوزن لا عدداً للتفاوت في آحاده (وبه يفتى) وبه جزم صاحب الكنز * وذكر الزيلعي ان الفتوى على قول ابي يوسف (وعند محمد يجوز عددا ايضا) للتعارف والتعامل * وفي شرح المجمع الفتوى على قول محمد وفي الفتح واناارى قول محمد احسن لكونه ايسر وارفق (ولا ربوا بين السيد وعبده) لانه وما في يده ملكه * اطلقه * وقيد ٤ بعض الفضلاء بما اذا لم يكن عليه دين مستغرق لرقبته وكسبه * واما اذا كان مستغرقا فيجري الربوا بينهما اتفاقا لعدم الملك عنده للمولى في كسبه كالمكاتب وعندهما لتعلق حق الغير * لكن اذا لم يكن ما معه لمولاه بان كان مديونا سواء كان الدين لمولاه كالمكاتب اولغيره فيتقرر البيع بينهما فيصير الحكم كحكم سائر البيوع * ولذا لم يفصل تدبر * وفي البحر لا ربوا بين المتفاوضين وشريكي العنان اذا تبايعا من مال الشركة * وان كان من غيره جرى بينهما (و) لا ربوا بين (المسلم والحربي في دار الحرب) عند الطرفين خلافا لابي يوسف والشافعي اعتبارا بالمستأمن منهم في دارنا * ولهما قوله عليه السلام لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فباي طريق اخذه المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم يكن غدر * بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان * قال في التسهيل وغيره ويجوز الربوا عند الامام بين مسلم ومن آمن ثمة لعدم العصمة في مال من اسلم ثمة فصار كمال الحربي ويجوز للمسلم اخذ مال الحربي برضاه * ولهما انه ربوا جرى بين مسلمين فحرم * وفيه كلام وهو ان عدم العصمة ممنوع الا يرى ان الغانمين لم يملكوا ما في يد من اسلم ثمة اذا ظهروا عليهم اه * لكن يمكن الفرق بان بيع الشيء من الربويات بجنسه متفاضلا يكون برضاه بخلاف ما اذا ظهرت واعليهم واخذوا ما في يد من اسلم ثمة لانهم اخذوا قهرا لا بالرضى فافترقا تدبر

٤ والمراد من البعض صاحب الدرر وغيره منه

﴿ باب الحقوق والاستحقاق ﴾

كان من حق مسائل الحقوق ان يذكر في الفصل المتصل باول البيوع الا ان المص التزم ترتيب الهداية كما التزم صاحب الهداية ترتيب الجامع الصغير ولان الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد ذكر مسائل المتبوع الا ان صاحب الهداية ذكر مسائل الحقوق في باب على حدة ثم ذكر مسائل الاستحقاق في باب آخر والمص ذكرهما في باب وليت شعري لم ترك اسلوبه والحقوق جمع حق وهو خلاف الباطل وهو مصدر حق الشيء من بابي ضرب وقتل اذا وجب وثبت * ولهذا يقال لمرافق الدار حقوقها وتمامه في البحر فليراجع (يدخل العلو والكنيف في بيع الدار) وان لم يذكر بكل حق هو لها ونحوه لان الدار اسم لما ادار عليه الحدود من الحائط ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف والعلو من اجزائه فيدخل فيه من غير ذكر * وكذا الكنيف داخل فيما اطلق عليه وان كان خارجا مبنيا على الظلة لانه يعد منها عادة وكذا يدخل بئر الماء والاشجار التي في صحنها والبستان الداخل * واما الخارج فان كان اكثر منها او مثلها لا يدخل الا بالشرط وان كان اصغر منها

يدخل لانه يعد من الدار عرفا والكنيف المستراح كما في البحر وفي الهداية الدار لغة اسم لقطعة ارض ضربت لها الحدود وميزت عما يجاورها بادارة خط عليها فبنى على بعضها دون البعض ليجمع فيها مرافق الصحراء للاستروا ح ومنافع الابنية للاسكان وغير ذلك ولا فرق بين ما اذا كانت الابنية بالماء والتراب او بالخيام والقباب (لا) تدخل (الظلة) في بيع الدار الظلة الساباط الذي يكون احد طرفيه على الدار والطرف الآخر على دار اخرى او على الاسطوانات في السكة ومفتحها في الدار المبيعة كما في الفتح وفي البحر وغيره * وفي الصحاح ظلة بالضم كهيئة الصفة وفي المغرب قول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي تكون فوق الباب اه * لكن عمم في الاصلاح فقال او على الاسطوانات في السكة سواء كان مفتحها الى الدار اولا * ومن وهم انها السدة التي فوق الباب فقد وهم اه * (الا بذكر كل حق هو لها) اى للدار (او بمرافقها) اى بذكر مرافقها وهي حقوقها اى بمتعلقاتها بمرافقها (او بكل حق (قليل وكثير ه هو فيها او منها) فح تدخل الظلة في بيعها عند الامام (وعندهما تدخل) اى الظلة من غير ذكر شيء مما ذكرنا (ان كان مفتحها في الدار) لانها من توابع الدار * وله ان الظلة تابعة للدار من حيث ان قرار احد طرفيها على بناء الدار وليست بتابعة لها من حيث ان قرار طرفها الآخر على غير بنائها فلا يدخل بلا ذكر الحقوق وتدخل بذكره عملا بالشبهين ولو كان خارج الدار مبنيا على الظلة يدخل في بيع الدار بلا ذكر الحقوق لانها تعد من الدار عادة * وفي الخانية ويدخل الباب الاعظم فيما باع بيتا او دارا بمرافقهما لان الباب الاعظم من مرافقهما (ولا يدخل العلو في شراء منزل الا بذكر نحو كل حق) اى الا ان يقول بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه لان المنزل بين الدار والبيت اذ يتأتى فيه مرافق السكنى بنوع قصور بانتفاء منزل الدواب فيه فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر الحقوق ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه (ولا) يدخل العلو (في شراء بيت وان) وصلية (ذكر كل حق) ونحوه ما لم ينص عليه لان البيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء لا يستتبع مثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه * وفي الكافي ان هذا التفصيل مبني على عرف الكوفة وفي عرفنا يدخل العلو في الكل سواء باع باسم البيت او المنزل او الدار * و الاحكام تبنى على العرف فيعتبر في كل اقليم في كل عصر عرف اهله (ولا) يدخل (الطريق) في بيع ماله طريق (و) لا يدخل (المسيل) في بيع ماله مسيل (و) لا يدخل (الشرب) في بيع ماله شرب (الا بذكر نحو كل حق) لان هذه الاشياء تابعة من وجه باعتبار وجودها بدون المبيع فلا يدخل الا بذكر نحو كل حق * وفي القهستاني واللام للعهد اى مسيل الماء و النهر في ملك خاص وشرب الارض وماؤها وينبغي ان لا يدخل الشرب اصلا في موضع يتعارف بيع الارض بلا شرب * وطريق الدار عرضه عرض الباب الذي هو مدخلها وطوله منه الى الشارع او هو اعم منه ومن طريق خاص في ملك انسان وقت البيع فلو سد الطريق القديم لم يدخل بذكره فالطريق الى الشارع العام والى سكة غير نافذة تدخل في البيع كما في المحيط * لكن

ه وفي القهستاني والجملة صفة لحق مقدر لا لقليل وكثير فان الصفة لم توصف ولا اكل على رأى كما تقرر * وبهذا التقرير اندفع طعن ابي يوسف على محمد بدخول الامتعة فيها وطعن زفر عليه بدخول الزوجة والولد والحشرات منه

٦ التناقض التدافع لغة يقال تناقض الكلامان تدافعا كان كل واحد نقض كلام الآخر وفي كلامه تناقض اذا كان بعضه يقتضي ابطال بعض كما في المصباح * وفي القاموس والمناقضة في القول ان يتكلم بما تناقض معناه اى يتخالف انتهى ومعناه في علم المنطق اختلاف القضيتين بالسلب والايجاب بحيث يقتضي لذاته ان يكون احدهما صادقة والاخرى كاذبة وتمامه فيه منه

في الخلاصة ان الاخيرة لاتدخل الا بما ذكر بخلاف الطريق النافذة فانها لاتدخل اصلا وان كان له حق المرور كما كان قبل الشراء (وتدخل) هذه الاشياء (في الاجارة بدون ذكر) نحو كل حق اذا لم ينتفع الموجر بدونها* ومثلها الرهن والصدقة الموقوفة * وقال العيني ولا يدخل مسيل ماء الميزاب اذا كان في ملك خاص ولا مسقطا الثلج فيه

فصل

في بيان احكام الاستحقاق (البينة حجة متعدية) الى الغير تظهر في حق كافة الناس لان البينة لاتصير حجة الا بقضاء القاضي وله ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة كما في التبيين * وظاهره ان معنى التعدي انه يكون القضاء بها قضاء على كافة الناس في كل شيء قضى به بالبينة وليس كذلك وانما يكون القضاء على الكافة في عتق ونحوه كما مر تحقيقه (والاقرار حجة قاصرة) لا يتوقف على القضاء وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه (و ٦ التناقض يمنع دعوى الملك لا) يمنع التناقض دعوى (الحرية والطلاق والنسب) لان القاضي لا يمكنه ان يحكم بالكلام المتناقض اذ احدهما ليس باولى من الآخر فسقطا فيران الحرية والطلاق والنسب فتعذر في التناقض لان النسب يبتني على العلوق والطلاق والحرية ينفرد بهما الزوج والمولى فيخفى عليهم كما في التبيين (فلو ولدت امة مبيعة) تفريع على كون البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة يعني لو اشترى امة فولدت عنده من غير مولاه * وفي الكافي ولدت باستيلاد (فاستحقت ببينة تبعها ولدها) في كونه مستحقا وملكا لمن برهن (ان كان في يده) اي في يد المشتري (وقضى به) اي بالولد (ايضا) وهو الاصح لان محمدا قال اذا قضى القاضي بالاصل للمستحق ولم يعرف الزوائد وفي يد آخر وهو غائب لم تدخل الزوائد تحت القضاء لانفصالها عن اصل يوم القضاء * فعلى هذا ظهر تقييده بان كان في يده (وقيل يكفي القضاء بالام) لانه تبع لها فيدخل في الحكم عليها (وان اقر) المشتري (بها) اي بالامة المبيعة (لرجل لا يتبعها) ولدها فيأخذ المقر له الامة لا ولدها * والفرق ان البينة تثبت الملك من الاصل والولد كان متصلا بها يومئذ فثبت بها الاستحقاق فيهما والاقرار حجة قاصرة ثبت به الملك في المخبر به ضرورة صحة الخبر وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ولم يذكر النكول لانه في حكم الاقرار * وفي البحر نقلا عن النهاية انما لا يتبعها الولد في الاقرار اذا لم يدعه المقر له اما اذا ادعاه كان له لان الظاهر انه له ولا خصوصية للولد بل زوائد المبيع كلها على التفصيل اه لكن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق كما قاله المولى سعدي * وفي البزازية واستحقاق الجارية بعد موت الولد لا يوجب على المشتري شيئا كزوائد المغصوب (وان ٧ قال شخص لآخر) لرجل يطلب شراء عبد (اشترني فانا عبد) لفلان (فاشتراه) اي الرجل العبد بناء على كلامه فاذا هو حر اي ظهر انه حر واذا هنا للمفاجأة (فان كان البائع حاضرا او) غائبا كان (مكانه معلوما لا يضمن) العبد (الآمر) لوجود من عليه الحق وهو البائع (والا) اي وان لم يكن البائع حاضرا ولم يكن مكانه معلوما (ضمن) اي رجع المشتري على العبد بالثمن عند الطرفين لان المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه والمشتري اعتمد على امره واقراره انه عبد اذا قول قوله في الحرية فيجعل ضامنا للثمن

٧ وهذا المسئلة تفريع على ان التناقض في دعوى الحرية معفو عنه فان هذا الشخص اقر اولا بالعبودية ثم ظهر بعد ذلك انه حر بدعواه فكان متناقضا لكنه معفو عنه في دعوى الحرية فتقبل الشهادة وح فلا يدل وضعها على انه لا تشترط الدعوى في الحرية العارضة بل العارضة والاصلية سواء في انه لا بد من دعوى العبد عنه الامام وهو قول الجمهور وهو الصحيح لانها حق العبد ولا يمنعها التناقض لما ذكرناه انما لم يلزم العبد في هاتين الصورتين شيء لامكان الرجوع على البائع القابض كما في البحر منه

عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرر والضرر (ورجع) العبد (على البائع) بالثمن (اذا حضر) لانه قضى دينا عليه وهو مضطر فيه فلا يكون متبرعا وعند ابى يوسف لا يرجع المشترى على العبد بشئ لان ضمان الثمن بالمعاوضة او بالكفالة فلم توجد منهما كما قال اشترنى او قال انا عبد ولم يزد على ذلك فانه لا رجوع عليه بشئ بالاتفاق كما فى الفتح * لكن فى العناية ما يخالفه فلينظر ثمة (وان قال ارتهنى) فانا عبد فارتهنه فاذا هو حر (فلا ضمان اصلا) سواء كان البائع حاضرا اولا وسواء كان مكانه معلوما اوغير معلوم لان الرهن لم يشرع معاوضة وموجب الضمان هو الغرور فى المعاوضات (ومن ادعى حقا مجهولا فى دار) فانكر المدعى عليه ذلك (فصولح) من الحق المجهول (على شئ) كمائة درهم مثلا فاخذه المدعى (فاستحق بعضها) اى بعض الدار (فلا رجوع عليه) اى على المدعى بشئ من البدل لجواز ان يكون دعواه فيما بقى وان قل فما دام فى يده شئ لم يرجع (ولو استحق كلها) اى كل الدار التى ادعاها (رد) اى رد المدعى (كل العوض) للتقين بانه اخذه بلا ملكه فيرده (وفهم منه) اى من المذكور (صحة الصلح عن المجهول) على معلوم * فهم منه ايضا عدم اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح * وفى المنح استفيد مما تقدم من الحكم شيئان احدهما ان الصلح عن المجهول جائز لانه لا يفضى الى المنازعة * الثانى ان صحة الصلح لا يتوقف على صحة الدعوى لصحته هو دونها حتى لو برهن لم يقبل الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه به * قيد بالمجهول لانه لو ادعى قدرا معلوما كربعها لم يرجع مادام فى يده ذلك المقدار وان بقى اقل منه رجع بحساب ما استحق والمص اقتصر بالاولى فقد قصر تدبر (ولو كان) المدعى (ادعى كلها) اى كل الدار فصولح على شئ كمائة مثلا ثم استحق شئ منها (رد) اى المدعى (حصة ما يستحق ولو) كان المستحق (بعضا) من الدار لان الصلح على مائة وقع عن كل الدار فاذا استحق منها شئ تبين ان المدعى لا يملك ذلك فيرد بحسابه من العوض كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا ان الواو فى ولو زائدة لان المعنى ح لو كان المدعى ادعى كلها فصولح على شئ ثم استحق الكل رد المدعى حصة ما يستحق وليس كذلك بل يردح كل العوض كما مر آنفا بل المراد ههنا رد المدعى حصة ما يستحق لو كان المستحق بعضا تدبر * ثم ذكر احكام الفضولى بلا فصل فقال (ولو باع فضولى) هو نسبة الى الفضول جمع الفضل اى الزيادة * وفى المغرب وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه حتى قيل فضول بلا فضل * ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولى * وهو فى اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطأ كما فى البحر (ملكه) مفعول باع (ان يفسخه) مبتدأ مؤخر خبره لمن (وله) اى للمالك (ان يجيزه) يعنى ينعقد بيعه موقوفا على اجازة المالك بالشرائط الاربعة كما فى البحر * وبينها بقوله (بشرط بقاء العاقدين) اى وله ان يجيزه ان شاء بشرط بقاء البائع والمشترى * اما شرط بقاء البائع فلان حقوق العقد لم يلزمه حال حياته فلا يلزمه بعد وفاته * واما بقاء المشترى فلان الثمن لم يلزمه فى حال حياته فكيف لزمه بعد وفاته (و) بشرط بقاء (المعقود عليه) اى المبيع * والمراد بكون المبيع قائما ان لا يكون متغيرا بحيث يعد شيئا آخر لان المالك لم ينتقل اليه بالعقد فلا ينتقل

بعدهلاكه * وفى البحر اولم يعلم حال البيع وقت الاجازة من بقائه وعدمه جاز البيع فى قول ابى يوسف اولا وهو قول محمد لان اصل بقاؤه ثم رجع وقال لايصح مالم يعلم قيامه (و) بشرط بقاء (المالك الاول) لانه بموته يبطل العقد الموقوف فبعد ذلك لايفيد اجازة الوارث * وانما جاز بيع الفضولى عندنا لان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولاضرر فى انعقاده موقوفا فينعقد وليس فيه ضرر على المالك لانه مخير فاذا رأى المصلحة فيه انفذه والافسخه بل له فيه منفعة حيث يسقط عنه مؤنة طلب المشترى وقرار الثمن ويسقط رجوع حقوق العقد اليه فثبت للفضولى القدرة الشرعية احرازا لهذه المنافع على ان الاذن له ثابت دلالة لان كل عاقل يرضى بتصرف يحصل له به النفع * خلافا للشافعى اذ عنده تصرفات الفضولى باطلة كلها وقيد الماص بالاول مستدرك لاطائل تحته * تتبع (وكذا) بشرط (بقاء الثمن ان كان) الثمن (عرضا) لان العرض يتعين بالتعين فصار كالمبيع فيشترط بقاؤه * وبهذا يفهم ان الثمن ان كان دينا يحتاج الى اربعة اشياء وان كان عرضا يحتاج الى خمسة اشياء * فلاوجه بالحصر الى الاربعة كما قيل * تدبر (واذا اجاز) المالك عند قيام الخمسة المذكورة جاز البيع (فالثمن العرض ملك للفضولى) اى ان كان الثمن عرضا كان مملوكا للفضولى * واجازة المالك اجازة نقد لا اجازة عقد لانه لما كان العرض متعينا كان شراء من وجه * والشراء لايتوقف بل ينفذ على المباشر ان وجد نفاذا فيكون ملكاله وباجازة المالك لاينتقل اليه بل تأثير اجازته فى النقد لافى العقد (وعليه) اى يجب على الفضولى (مثل البيع لو) كان (مثليا والا) اى وان لم يكن مثليا (فقيمته) لانه لما صار البدل له صار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضا له فى ضمن الشراء فيجب عليه رده كما قضى دينا بمال الغيره * واستقراض غير المثلى جائز ضمنا وان لم يجز قصدا (وغير العرض) يعنى ان كان الثمن فى بيع الفضولى دينا غير عرض كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلى والوزنى بغير عينهما فاجاز المالك البيع حال بقاء الاربعة جاز البيع والثمن (ملك للمجيز امانة فى يد الفضولى) بمنزلة الوكيل حتى لايضمن بالهلاك فى يده سواء هلك بعد الاجازة اوقبله لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة (وللفضولى ان يفسخ قبل اجازة المالك) دفعا للحقوق عن نفسه لان حقوق البيع ترجع اليه * بخلاف الفضولى فى النكاح حيث لايكون الفسخ له قبل الاجازة لان الحقوق لاترجع اليه (و٨ صح اعتاق المشترى) اسم مفعول وفاعل صلته (من الغاصب اذا اجيز البيع) يعنى لو غصب عبدا فباعه ثم اعتقه المشترى من الغاصب ثم اجاز المولى البيع صح العتق استحسانا عن المشترى عند الشيخين (خلافا لمحمد) وزفر وهو رواية عن ابى يوسف وهو القياس لانه لاعتق بدون الملك * وجه الاستحسان ان الملك يثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولاضرر فيه فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه (ولايصح بيعه) اى بيع المشترى من الغاصب عند اجازة المغصوب منه البيع الاول لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف ابطل لاستحالة الملك البات والملك الموقوف فى محل واحد (ولو قطعت يده)

٨ وفى العناية قيل جرت المجاورة فى هذه المسئلة بين ابى يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب قال ابو يوسف مارويت لك عن ابى حنيفة ان العتق جائز وانما رويت لك ان العتق باطل وقال محمد بل رويت لى ان العتق جائز لكن فى القبح واثبات مذهب ابى حنيفة فى صحة العتق بهذا لايجوز لتكذيب الاصل الفرع صريحا * واقل ماهنا ان يكون فى المسئلة روايتان عن ابى حنيفة * قال الحاكم الشهيد قال ابو سليمان هذه رواية محمد عن ابى يوسف ونحن سمعنا من ابى يوسف انه لايجوز عتقه قالوا وقول محمد قياس وقول ابى حنيفة استحسان منه

اى يد العبد الذى باعه الفضولى (عند المشترى فاجيز) اى اجاز المالك البيع (فارشه) اى ارش يد العبد (له) اى لمشتريه لان الملك ثبت له من وقت الشراء فتبين القطع ورد على ملكه وعلى هذا كل ما يحدث من المبيع كالكسب والولد والعقر قبل الاجازة يكون للمشترى * وكذا الحكم فى ارش جميع جراحاته * فذكر اليد مثال وهو لا يخص كما لا يخفى * وفيه سؤال وجواب فى المنح وغيره * فليطالع (ويتصدق) المشترى (بما زاد) من ارش اليد (على نصف ثمنه) اى ثمن العبد وجوبا لان فيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع * وارش اليد الواحدة فى الحر نصف الدية وفى العبد نصف القيمة * والذى دخل فى ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فيما زاد على نصف الثمن شبهة عدم الملك فيتصدق به وجوبا * واورد وجوب التصدق بالزائد كما هو ظاهر ما فى الفتح وقيد بما زاد لانه لا يتصدق بالكل وان كان فيه شبهة عدم الملك لكونه مضمونا عليه بخلاف ما زاد * ووزع فى الكافى فقال ان لم يكن مقبوضا ففيما زاد ربح ما لم يضمن وان كان مقبوضا ففيه شبهة عدم الملك كما فى البحر (و ٩ من اشترى عبدا من غير سيده ثم اقام) المشترى (بينة) بعدما ادعى على البائع انه اقر قبل البيع بانى ابيع بغير امر مولاه او بعد البيع بانى بعت بغير امره او على المولى انه اقر بعدم امر البيع (على اقرار البائع) الفضولى (او السيد) حال ارادة رد العبد على الاقرار (بعدم الامر) ببيع عبد المذكور (واراد) المشترى (رده) اى العبد (ولا تقبل) بينته لبطلان دعواه بالتناقض اذ اقدامهما على العقد اعتراف منهما بصحته ونفاذه لان الظاهر من حال المسلم العاقل مباشرة العقد الصحيح النافذ * والبينة لا تبتنى الا على دعوى صحيحة فاذا بطلت الدعوى لا تقبل كما لو اقام البائع البينة انه باع بلا امر او برهن على اقرار المشترى بذلك فانه لا تقبل (ولو اقر البائع) الفضولى (بذلك) اى بعدم امر رب العبد (١١ عند القاضى فله) اى للمشترى (رده) ان طلب المشترى ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فللمشترى ان يساعده فيتفقان فينتقض فى حقهما * وهو المراد ببطلان البيع فى عبارته * لا فى حق رب العبد ان كذبهما وادعى انه كان امره * فاذا لم ينفسخ فى حقه يطالب البائع بالثمن عندهما لانه وكيله وليس له مطالبة المشترى ابراءته بالتصادق وعند ابى يوسف له ان يطالبه فاذا ادى رجع به على البائع بناء على براءة الوكيل وتمامه فى البحر فليراجع ولو اشترى دارا من فضولى وادخلها المشترى (فى بنائه فلا ضمان على الفضولى) عند الامام وهو قول ابى يوسف آخرا (خلافا لمحمد) وهو قول ابى يوسف اولا * وفى البحر يعنى اذا اقر البائع بالغصب وانكر المشترى لان اقراره لا يصدق على المشترى ولا بد من اقامة البينة حتى يأخذها * فاذا لم يقم المستحق وهو صاحب الدار البينة كان التلف مضافا الى عجزه من اقامة البينة لا الى عقد البائع لان الغاصب لا يجوز بيعه * فعلى هذا يعلم ان قوله وادخلها المشترى فى بنائه اتفاقى وانما ذكره ليعلم حكم غيره بالاولى * واراد بالدار العرصة بقرينة ادخلها فى بنائه

باب ٢١ السلم

لما كان من انواع البيوع ولكن شرط فيه القبض كالصرف اخرهما وقدمه على الصرف لان الشرط فى الصرف قبضهما وفى السلم قبض احدهما فهو بمنزلة

٩ وفى الزيادات ان المبيع اذا ادعاه رجل فصدقه المشترى فدفع اليه ثم برهن على اقرار البائع بان العبد للمستحق يريد بذلك الرجوع بالثمن تقبل بينته فظاهره يخالف ما فى هذا الكتاب لكن اجاب صاحب العناية وغيره * فليطالع منه

١١ والتقييد كونه عند القاضى بانه لا عبرة به اذا وقع عند غيره منه

١٢ وفى المعراج ان الهمزة فى اسلم للسلب اى ازال سلامة الدراهم بتسليمها الى مفلس فى مؤجل منه

المفرد من المركب * وهو في اللغة عبارة عن نوع بيع يعجل فيه الثمن * قيل وفي الاصطلاح الفقهاء هو اخذ عاجل بآجل * وفي البحر نقلا من الفتح ليس بصحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل وعرفه اولا بانه بيع آجل بعاجل * والظاهر ان قولهم اخذ عاجل بآجل تحريف من النساخ الجهلة فاستمر النقل على هذا التحريف اه * وعن هذا قال (هو بيع آجل بعاجل) لكن يجوز ان يقال المراد اخذ ثمن عاجل بآجل بقرينة المعنى اللغوى اذ الاصل عدم التغير الا ان يثبت بدليل كما قاله بعض الفضلاء * وفي الدرر وهو مشروع بالكتاب وهو قوله تعالى اذا تداينتم بدين الآية فانها تشمل السلم والبيع بثمن مؤجل و تأجيله بعد الحلول والسنة وهي قوله صلى الله تعالى عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والاجماع ويأباه القياس لانه بيع معدوم لكنه ترك لما ذكر * ولم يستدل بما روى انه صلى الله تعالى عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم لان محمد بن العز الحنفي قال في حواشي في الهداية هذا اللفظ هكذا لم يرو من احد من الصحابة في كتب الحديث وكأنه من كلام واحد من الفقهاء اه * (ويصح) السلم (فيما امكن ضبط صفته) اى جودته ورداءته ونحو ذلك (ومعرفة قدره) اى مقداره اعم من الكيل والوزن والذرع لانه لا يفضى الى المنازعة * وفي البحر السلم في العنب الفلاني في وقت كونه حصرما لا يصح * والسلم في التفاح الشامى قبل الادراك يصح لانه يسمى تفاحا (لا في غيره) اى وما لا يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره لا يصح السلم فيه لانه يفضى الى المنازعة * وهذه قاعدة كلية يبتنى عليها كثير مسائل السلم فشرع المص في ذكر بعضها لتعرف باقيها بالتأمل فيها فقال مفرعا عليها (فيصح) السلم كما في الفرائد * لكن لما كان المص شرع ان يبين الفصلين بالفاء فالاولى ان تكون تفصيلية * تدبر (في المكيل) كالبر والشعير (والموزون) كالعسل والزيت (سوى النقدين) من الدراهم والدنانير لانهما موزونة ولكنهما غير مثمنين بل خلقا ثمنين فلا يجوز السلم فيهما (و) يصح (في العددى المتقارب) وهو ما لا يتفاوت آحاده (كالجوز والبيض عددا وكيلا) لانه معلوم مضبوط مقدور التسليم * وما فيه من التفاوت يهدر عرفا * ولا خلاف في جوازه عددا وانما الخلاف فيه كيلا فعندنا يجوز كيلا * ومنعه زفر كيلا وعنه منعه عددا ايضا للتفاوت * وانما جاز كيلا عندنا لوجود الضبط فيه * قيد بالمتقارب ومنه الكمثرى والمشمش والتين لان العددى المتفاوت لا يجوز السلم فيه * وما تفاوتت ماليته متفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والسفرجل وغيرها فلا يجوز السلم في شئ منها عددا للتفاوت الا اذا ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول وغلظ وغير ذلك كما في البحر * وغيره * لكن في شرح المجمع وذكر في المختلف يجوز السلم في الجوز والبيض عددا وكيلا ووزنا عندنا وقال زفر يجوز كيلا ووزنا * وكذا ذكر في المبسوط * وفي فتاوى الافطس اجمعوا على ان السلم في الجوز كيلا وفي البيض وزنا اه * فعلى هذا يظهر مخالفة ما في البحر وغيره من انه منعه زفر كيلا تدبر (وكذا الفلوس) اى يصح السلم فيها عددا لان الثمنية فيها ليست خلقية ١٣ وانما الجواز فيها بالاصطلاح فللعاقدين

١٣ وانما هى بالاصطلاح نسخة

ابطالهما (خلافا لمحمد) لانها اثمان * وفى البحر وظاهر الرواية عن الكل الجواز واذا ابطلت ثمنيتها لاتخرج عن العدالى الوزن للعرف الان يهدره اهل العرف كما هو فى ديارنا فى زماننا وقد كانت قبل هذه الاعصار عددية فى ديارنا ايضا اه * فعلى هذا يكون اختيار المص غير الظاهر فلهذا قال خلافا لمحمد لكن الاولى ان يقول وعن محمد تدبر (وفى اللبن) بفتح اللام وكسر الباء وهو الطوب النى * وشرط فى الخلاصة ذكر المكان الذى يعمل فيه اللبن (والآجر) بضم الجيم وتشديد الراء مع المد هو اللبن اذا طبخ (اذا سمى ملبن) بكسر الميم وفتح الباء قالبهما (معلوم) لا التفاوت ح يكون اقل (و) يصح السلم (فى المذروع كالثوب ان بين طوله وعرضه (ورقته) اى غلظه ورقته * وفى المح وصفته اى من قطن او كتان او مركب منهما وهو الملحم او حرير ونحو ذلك وصنعته كعمل الشام او الروم لانه يصير معلوما بذكر هذه الاشياء فلا يؤدى الى النزاع قيل هذا اذا كان الثوب غير الحرير اذ لو كان حريرا لابد ايضا من بيان وزنه (و) يصح (فى السمك المليح) اى القديد بالملح (وزنا ونوعا معلومين) لانه لا ينقطع وهو معلوم يمكن ضبطه ببيان قدره بالوزن وبيان نوعه (وكذا الطرى فى حينه فقط) اى يصح فى سمك طرى حين يوجد غير مقيد بوقت دون وقت حتى لو كان فى بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وزنا ونوعا (ولا يجوز) السلم (فيهما) اى فى المليح والطرى (عددا) لتفاوت آحاده بالكبر والصغر * وعن الامام السمك لا يصح لا طريا ولا مليحا لانه لحم فصار كالسلم فى اللحم * وفى الايضاح والصحيح من المذهب ان السمك الصغار يجوز السلم فيه كيلا ووزنا * وفى الكبار روايتان * ولا فرق بين الطرى والمليح (ولا) يصح السلم (فى الحيوان) طائرا او غيره لتفاوت آحاده * خلافا للشافعى اذ عنده يجوز اذا كان موصوفا لامكان الضبط بمعرفة النوع واللون والوصف والسن (واطرافه) كالرؤس والاكارع (ولا فى جلوده عددا) لكون التفاوت فى الصغر والكبر * وعند مالك يجوز فى الرؤس والجلود عددا للتقارب * وفى العناية ولا يتوهم انه يجوز وزنا لقيد عددا لان معناه انه عددى فحيث لم يجز عددا لم يجز وزنا بطريق الاولى لانه لا يوزن عادة * وفى الذخيرة ان بين للجلود ضربا معلوما يجوز لانتفاء المنازعة خ (ولا) يصح (فى الحطب ١٤ حزما) (و) لا (الرطبة جرزا) لان هذا مجهول لا يعرف طوله وغلظه حتى اذا عرف ذلك بان بين الحبل الذى يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدى الى النزاع جاز ولو قيد الوزن فى الكل صح كما فى الفتح (ولا) يصح (فى الجوهر والخرز) بالتحريك الذى ينظم لتفاوت آحاده الا صغار اللؤلؤ لو كانت تباع وزنا فيجوز السلم فيها وزنا لان الصغار انما يعلم به (ولا) يصح (فى اللحم طريا) عند الامام (وقالا يصح اذا وصف موضع معلوم منه بصفة معلومة) وفى البحر وقالا يجوز اذا بين جنسه ونوعه وسنه وموضعه وصفته وقدره لانه موزون مضبوط الوصف كالالية والشحم بخلاف لحم الطيور فانه لا يقدر على وصف موضع منه * وله ان يختلف باختلاف كبر العظم وصغره فيؤدى الى المنازعة * وفى منزوع العظم روايتان

١٤ الحزم جمع حزمة بفتح الحاء المهملة وسكون الزاء المعجمة وهى بالفارسية بندهيزم والجرز بضم الجيم وسكون الراء المهملة والزاء المعجمة جمع جرزة بالفارسية دسته اى قبضة من النبات منه

(والاصح)

والاصح عدمه ولذا اطلقه في الكتاب ٥ وفي الحقائق والعيون الفتوى على قولهما * وهذا على الصحيح من ثبوت الخلاف بينهم * وقد قيل لا خلاف فمنع ابي حنيفة فيما اذا اطلق السلم في اللحم وقولهما فيما اذا بيناو اذا حكم الحاكم بجوازه صح اتفاقا (ولا يجوز السلم بكيل او ذراع معين) قيد للكيل والذراع (لا يدرى قدره) اى قدر ذلك الصاع والذراع لاحتمال الضياع فيقع النزاع بخلاف البيع به حالا * قيد بكونه لم يدر قدره لانهما لو كانا معلومى المقدار جاز (ولا) يجوز (في طعام قرية او ثمر نخلة معينة) اذ ربما تعرضهما آفة فلا يمكن التسليم قيد بقرية لانه لو اسلم في طعام ولاية يجوز لان وصول الافة لطعام كل الولاية نادر * وهذا اذا نسب الى قرية ليؤدى من طعامها * واما اذا نسب اليها لبيان وصف الطعام فالسلم جائز كما في شرح المجمع (ولا) يجوز (فيما لا يبقى) في اسواق في البيوت (من حين العقد الى حين المحل) بكسر الحاء المهملة مصدر قولهم حل الدين اى الى حين حلول الاجل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او بالعكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز لقوله عليه السلام لا تسلفوا في الاثمار حتى يبدو صلاحها ولاحتمال موت المسلم اليه بعد العقد قبل ان يبلغ المحل اذ يحل الاجل ويلزم التسليم * والاحتمال في هذا العقد ملحق بالحقيقة * خلافا للشافعي اذ عنده يجوز ان وجد وقت الحلول فلا يلزم الاستمرار (وشرطه) اى شرط جواز السلم تسعة اشياء ذكر المص منها ثمانية الاول (بيان الجنس كبر او شعير و) الثاني بيان (النوع ١٥ كسقية) بفتح السين وتشديد الياء اى مسقية وهى ما تسقى سيحا (او بخسية) بفتح الباء الموحدة وسكون الخاء المعجمة وهى ما تسقى بالمطر نسبة الى البخس لانها مبخوسة الحظ من الماء بالنسبة الى السيح غالبا (و) الثالث بيان (الصفة كجيد او ردئ و) الرابع بيان (القدر نحو كذا رطلا او كيلا بما لا ينقبض ولا ينبسط) فلا يجعل مثل الزنبيل كيلا لاحتمال الزيادة والنقصان ويجعل مثل قربة الماء كيلا عند ابي يوسف للتعامل (و) الخامس بيان (اجل معلوم) اذ السلم لا يجوز الا مؤجلا عندنا * وعند الشافعي الاجل ليس بشرط لانه عليه السلام رخص فيه مطلقا * ولنا قوله عليه السلام في آخر الحديث الى اجل معلوم ولانه شرع رخصة للفقراء فلا بد من مدة لقدر على التحصيل والتتميم والايصال والتسليم (واقله) اى اقل الاجل في السلم (شهر في الاصح) روى ذلك عن محمد وعليه الفتوى لان ما دونه عاجل والشهر وما فوقه اجل بدليل مسئلة اليمين * حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر * وقيل ثلثة ايام وقيل عشرة ايام وقيل اكثر من نصف يوم * وقال الصدر الشهيد والصحيح ما روى عن الكرخي انه مقدار ما يمكن فيه تحصيل المسلم فيه * وفي الفتح وهو جدير ان لا يصح لانه لا ضابط يتحقق فيه * وكذا عن الكرخي من رواية اخرى انه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في تأجيل مثله * كل هذا تنفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان انتهى * وفي البحر هو جدير بان يصح ويعول عليه فقط لان من الاشياء ما لا يمكن تحصيله في شهر ويؤدى التقدير به الى عدم حصول المقصود من الاجل وهو القدرة على تحصيله انتهى * هذا مسلم ان كان التقدير مخصوصا بالشهر لا بالزيادة

١٥ السقى فعيل بمعنى مفعول يستوى فيه المذكر والمؤنث ولا يلحق التاء الا اذا حذف موصوفه اى حنطة سقية * فمن الظن ان التاء للنقل على انه سماعى كما في القهستاني منه

فليس كذلك لان مانحن فيه اقل بيان الاجل لا اكثره حتى يرد عليه قوله ان من الاشياء مالا يمكن تحصيله الى آخره لانه ان حصل فى الشهر فبها وان لم يحصل فيه واتفقا على زيادة عليه جاز بلا مانع تدبر (و) السادس بيان (قدر رأس المال ان كان كيليا اووزنيا وعدديا) اى وشرطه بيان قدر رأس المال ان كان العقد يتعلق على مقداره وان كان مشارا اليه عند الامام (فلا يجوز فى جنسين بلا بيان رأس مال كل منهما) يعنى اذا اسلم مائة درهم فى كر بر وكر شعير ولم يبين رأس مال كل منهما لا يصح عنده لان اعلام قدر رأس المال شرط فيقسم المائة على البر والشعير باعتبار القيمة وهى تعرف بالظن فتكون مجهولة حتى لو كان من جنس واحد يصح لان رأس المال ينقسم عليهما على السواء (ولا) يجوز السلم (بنقدين بلا بيان حصة كل منهما من المسلم فيه) كما فى الوقاية * يعنى اذا اسلم عشرة دراهم وعشرة دنانير فى عشرة اقفزة بر لم يجز عنده لان الدراهم والدنانير المذكورة اذا لم تعلم وزنا يلزم عدم بيان حصة كل منهما من المسلم فيه * وكذا اذا علم وزن واحد منهما دون لآخر حيث يلزم بطلان العقد فى حصة مالم يعلم ويبطل فى حصة الآخر للجهالة لكون الصفقة واحدة * واعترض بان هذا التصوير انما يستقيم على عبارة الهداية وغيرها حيث قالوا لو اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما فعلى هذا يكون غير المبين رأس المال واما فى عبارة الوقاية فلكون الظاهر ان غير المبين هو حصة رأس المال من المسلم فيه وبينهما مخالفة ظاهرة انتهى واجاب بعض الفضلاء والحق انه لا مخالفة لان بيان الحصة من المسلم فيه بيان رأس المال كما لا يخفى تأمل (و) السابع بيان (مكان ايفائه) اى ايفاء المسلم فيه (ان كان له حمل) بفتح الحاء الثقل (ومؤنة) كالحنطة * وقيل مالا يحمل الى مجلس القضاء مجانا * وقيل مالا يمكن رفعه بيد واحدة * هذا عند الامام (وعندهما لا يشترط معرفة قدر رأس المال اذا كان معينا) لانه صار معلوما بالاشارة كما فى الثمن والاجرة وله ان جهالة قدر رأس المال قد يفضى الى جهالة المسلم فيه بان ينفق بعضه ثم يجد بالباقى عيبا فيرده ولا ينفق له الاستبدال فى مجلس العقد فينفسخ العقد فى المردود ويبقى فى غيره ولا يدرى قدره فيفضى الى جهالة المسلم فيه فيجب التحرز عن مثله والموهوم فى هذا العقد كالمحقق لشرعه مع المنافى * وفى البحر والاولى ان يعلل للامام بانه ربما لا يقدر على المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال فيجب ان يكون معلوما * واما ماذكروه فيندفع بما قدمناه من ان الانتقاد شرط بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد بقدره (ولا) يشترط بيان (مكان الايفاء ويوفيه فى مكان عقده) عندهما لان التسليم وجب بالعقد فتعين مكانه له ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير اول اوقات الامكان فى الاوامر وصار كالقرض والغصب * وللامام ان التسليم غير واجب فى الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضى الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة * ومن هذا قال من المشايخ ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما فى الصفة * وقيل على عكسه لان تعين المكان من قضية العقد عندهما كما فى الهداية (ومثله) اى مثل المسلم فيه فى الخلاف

في اشتراط تعيين مكان الايفاء (الثمن) المؤجل الذي لحمله مؤنة كما اذا باع ثوبا بمد حنطة مؤجلة فانه يشترط بيان مكان ايفاء الحنطة عنده في الصحيح * وعندهما يتعين للايفاء مكان العقد في الثمن * وقيل لا يشترط في الكل (والاجرة) كما لو استأجر دارا او دابة بمكيل او موزون موصوف ١٦ بالذمة فانه يشترط بيان مكان الايفاء عنده خلافا لهما * ويتعين في اجارة الدار موضع الدار للايفاء وموضع تسليم الدابة في اجارة الدابة (والقسمة) بان اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة * فعنده يشترط بيان مكان الايفاء * وعندهما يتعين مكان العقد (ومالا حمل له) ولا مؤنة كالمسك والكافور ونحوهما (يوفيه حيث شاء في الاصح اتفاقا) قال صاحب الهداية ومالم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع لانه لا يختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه « وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع * وذكر في الاجارات يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال * ولو عينا مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق انتهى فعلى هذا قول المص في الاصح احتراز عن رواية الجامع الصغير * وقوله اتفاقا قيد لعدم الاحتياج الى بيان الايفاء وتعيينه اذا لم يكن له حمل ومؤنة * فلا وجه لما قيل من ان قول المص يوفيه حيث شاء في الاصح اتفاقا لا يخلو عن شئ لانه يشعر بان الايفاء حيث شاء متفق عليه في الاصح وان ذكر بعضهم انه مختلف فيه وليس الامر كذلك تدبر * قيل هذا اذا امكن الايفاء في موضع العقد اذ لو كان العقد في لجة البحر اوقلة الجبال يوفيه في اقرب الاماكن من مكان العقد * وفي التنوير شرط الايفاء في مدينة فكل محلاتها سواء في الايفاء حتى لو اوفاه في محلة منها برئ (و) الثامن (قبض رأس المال) ولو غير نقد بالتخلية (قبل التفرق) اي قبل تفرق العاقدين بالبدن لان السلم اخذ آجل بعاجل وذلك بالقبض قبل الافتراق فلا يضر القبض بعد مشيهما فرسخا او اكثر او نومهما * والافتراق ان يتوارى احدهما عن عين صاحبه حتى لو دخل رب السلم بيته لاخراج الدراهم ولم يغب عن عين صاحبه لا يكون افتراقا (شرط بقائه) اي بقاء العقد على الصحة * لا شرط انعقاده فينعقد صحيحا بدونه ثم يفسد بالافتراق بلا قبض * فلو ابى المسلم اليه في المجلس اجبر عليه * وفيه اشارة الى ان شرط الخيار مفسد للسلم لانه يمنع تمام القبض * والشرط التاسع الذي لم يذكره المص هو القدرة على تحصيل المسلم فيه وزاد صاحب البحر تسعا اخر فليطالع (فلو) تفريع على قوله وقبض رأس المال (اسلم) رجل الى آخر (مائة نقدا ومائة دينا على المسلم اليه في كر بطل) السلم (في حصة الدين فقط) سواء كان العقد مطلقا بان قال اسلمت اليك مأتي درهم في كر حنطة ثم جعلا مائة من رأس المال تقاصا بالدين او مقيدا بان قال اسلمت اليك في مائة نقد ومائة دين لي عليك وسواء اضيف الى دراهم بعينها اولا * وذلك لفقدان القبض * وانما قال دينا على المسلم اليه لانه لو كان الدين على الاجنبي فهو غير صحيح في حق الكل حتى لو نقد الكل من ماله في المجلس لم ينقلب جائزا * بخلاف ما اذا كان الدين على المسلم اليه فانه بالنقد في المجلس ينقلب الى الجواز * وعند زفر السلم باطل في

١٦ في الذمة نسخة

الكل لسريان الفساد (ولا يجوز التصرف في رأس المال او المسلم فيه قبل قبضه) اى قبل قبض المسلم اليه رأس المال وقبل قبض رب المسلم فيه (بشركة او تولية) لان المسلم فيه مبيع والتصرف فيه قبل القبض لايجوز ولرأس المال شبهه بالمبيع فلا يجوز التصرف قبل القبض ففي التولية تمليكه بعوض وفي الشركة تمليك بعضه بعوض فلا يجوز * وصورة الشركة فيه ان يقول رب السلم لآخر اعطني نصف رأس المال ليكون نصف المسلم فيه لك * وصورة التولية ان يقول اعطني مثل مااعطيت المسلم اليه حتى يكون المسلم فيه لك * وانما خصهما بالذكر لانهما اكثر وقوعا من غيرهما (ولا) يجوز لرب السلم (شراء شيء من المسلم اليه برأس المال بعد التقايل) في عقد السلم الصحيح بعد وقوعه (قبل قبضه) بحكم الاقالة استحسانا لقوله عليه السلام لاتأخذ الا سلمك اورأس مالك اى تأخذ الا ما اسلمت فيه حال قيام العقد اورأس مالك بعد الانفساخ فتركنا القياس عملا به لان النبي جعل حق رب السلم اخذ المسلم فيه قبل الاقالة واخذ رأس المال بعدها لايجوز الاستبدال قبل الاقالة بالمسلم فيه لئلا يصير قابضا حق غيره فكذا بعدها برأس المال * وعند زفر وهو قول الائمة الثلاثة يجوز استبدال رب السلم به شيئا من المسلم اليه قياسا باعتبار سائر الديون (ولو اشترى) المسلم اليه (كرا وامر رب السلم بقبضه) اى بقبض الكر الذي اشتراه ولم يقبضه من البائع (قضاء) اى لاجل القضاء عليه من الكر المسلم فيه (لم يصح) لانه اجتمعت صفقتان السلم وهذا الشراء فلابد من ان يجرى فيه الكيلان (ولو امر مقرضه بذلك صح) يعني لو كان الكر قرضا لا سلما فاشترى المستقرض كرا من غيره وامر المقرض بقبضه قضاء لحقه فانه يصح وان لم يعد الكيل لان القرض اعارة وكان المقبوض عين حقه تقديرا فلم يكن استبدالا (وكذا لو امر) المسلم اليه (رب سلمه بقبضه) اى بقبض الكر منه (له) اى لاجل المسلم اليه (ثم) بقبضه ثانيا (لنفسه) اى لنفس رب السلم (فاكتاله) اى رب السلم (لاجل المسلم اليه ثم) اكتاله (لنفسه صح) لاجتماع المكيلين (ولو اكتال المسلم اليه في ظرف رب السلم بامره) اى بامر رب السلم (وهو) اى الحال انه (غائب لايكون قبضا) لان في السلم لم يصح امر رب السلم بالكيل لان حقه في الدين كافي العين فامره لم يصادف ملكه فالمسلم اليه جعل ملكه في ظرف استعارة من رب السلم * قيد بغيبته لانه لو كان حاضرا وكاله المسلم اليه بحضرته وخلى بينه وبين الطعام يصير قابضا لان التخلية تسليم (ولو اكتال البائع كذلك) يعني لو اشترى من آخر طعاما ودفع المشترى الى البائع ظرفا وامره ان يكيله ويجعله في الظرف ففعل البائع والمشترى غائب (كان قبضا) لانه كان مالكا للعين بالشراء فامره صادف ملكه فيكون قابضا بوضعه في ظرفه وكان البائع وكيلا في امساك الظرف فيجعل في يد المشترى حكما لان الوكيل في قبض كالموكل (بخلاف مالو اكتاله) البائع (في ظرف نفسه) لان المشترى صار مستعيرا ظرفه ولم يقبضه فلم تصح العارية لانها تبرع فلايتم بلا قبض فلا يصير الواقع فيه واقعا في يد المشترى (او) اكتاله (في ناحية بيته) اى بيت البائع لان البيت ونواحيه في يده فلم يصر المشترى قابضا (ولو اكتال الدين والعين في ظرف المشترى) بان اشترى رجل

من آخر كرا بعقد السلم وكرا معينا بالبيع عند حلول اجل السلم ثم امر المشترى البائع بان يجعل الكرين فى ظرف المشترى (ان بدأ) البائع هو المسلم اليه (بالعين كان قبضا) اى كان المشترى هو رب السلم قابضا لهما * اما فى العين فلصحة الامر فيه واما فى الدين فلاتصاله بملك المشترى كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها فى ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف دينار (وان بدأ) البائع (بالدين فلا) يكون قابضا لهما عند الامام اما فى الدين فلعدم صحة الامر فيه واما فى العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عنده فينتقض البيع مع ان الخلط غير مرضى به من جهة الامر لجواز ان يكون مراده البداية بالعين فلم يتحقق رضاه حتى يكون شريكاله (وعندهما صح قبض العين فان شاء رضى بالشركة) فى المخلوط (وان شاء فسخ البيع) لان الخلط ليس باستهلاك عندهما كما فى الهداية * وخصه قاضيخان بقول محمد * اما عند ابى يوسف اذا بدأها بالدين يصير قابضا لهما كما لو بدأ بالعين ضرورة اتصاله بملكه فى الصورتين اذ الخلط ليس باستهلاك * وقال محمد يصير قابضا للعين دون الدين فيشتركان فيه ولم يبرأ عن الدين وكذا * لو استقرض من رجل كرا ودفع اليه غرائره ليكيله فيها ففعل وهو غائب لم يكن قبضا كما فى المنح (ولو اسلم امة فى كر) من بر مثلا اى جعل امة رأس المال فى اشتراء كر بعقد السلم (وقبضت) الامة اى قبضها المسلم اليه (ثم تقايلا) عقد السلم (فماتت) اى ثم ماتت الامة فى يد المسلم اليه (قبل ردها) اى الامة الى رب السلم (بقى التقايل) على حاله ولم يبطل بهلاكها وتجب على المسلم اليه (قيمتها) اى الامة (يوم قبضها) اى الامة ولو ماتت الامة قبل الاقالة (ثم تقايلا صح) التقايل اى الاقالة بعد موتها ويجب على المسلم اليه قيمتها يوم القبض لان شرط الاقالة بقاء العقد وهو بقى ببقاء المعقود عليه وهو المسلم فيه وهو باق فى ذمة المسلم اليه بعد هلاكها فاذا انفسخ العقد وجب عليه ردها وقد عجز بموتها فيجب عليه قيمتها كما لو تقابضا ثم تقايلا بعد هلاك احدهما او هلك احدهما بعد الاقالة * وانما اعتبر يوم القبض لانه سبب الضمان كالغصب (وكذا المقايضة) وهى بيع سلعة بسلعة (فى الوجهين) هو الموت بعد التقايل والتقايل بعد الموت لان كل واحد منهما مبيع من وجه وثمن من وجه ففى البقاء يعتبر المبيعية وفى الهلاك الثمنية (بخلاف الشراء بالثمن فيهما) اى اذا اشترى امة بالف ثم تقايلا فماتت فى يد المشترى بطلت الاقالة * ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة لان المعقود عليه فى البيع انما هو الامة ولا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محلها كما فى الهداية * وفى التنوير تقايلا البيع فى عبد فابق من يد المشترى فان لم يقدر المشترى على تسليمه بطلت الاقالة والبيع بحاله (ولو ادعى احد عاقدى المسلم بيان الاجل او) ادعى (اشتراط الرداءة وانكر الآخر) يعنى لو قال احدهما شرطنا التأجيل وقال الآخر لم نشترط شيئا او قال احدهما شرطنا طعاما رديا وقال الآخر لم نشترط (فالقول لمدعيهما) اى لمدعى الاجل والرداءة (مطلقا) سواء كان مدعيهما رب السلم او المسلم اليه عند الامام لان المدعى يدعى الصحة فكان القول له وان انكر خصمه اذ الظاهر شاهد له لان العقد الفاسد معصية والظاهر من حال المسلم التحرز عنه

(وقالا للمنكر ان كان) المنكر (رب السلم في) الصورة (الاولى) اى القول لرب السلم عندهما
اذا ادعى المسلم اليه التأجيل لانه ينكر حقا عليه وهو الاجل (او) كان المنكر (المسلم اليه في)
الصورة (الثانية) وهى الرداءة لانه منكر * والاصل ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه
بالاتفاق * وان خرج خصومة بان ينكر ما يضره مع اتفاقهما على عقد واحد فالقول لمدعى الصحة
عنده * وعندهما القول للمنكر سواء انكر الصحة او غيرها * وفى التنوير ولو اختلفا فى مقداره
فالقول للطالب مع يمينه وان برهن قبل وان برهنا قضى ببينة المط وان اختلفا فى مضيه فالقول
للمط لانكاره توجه المطالبة وان برهنا قضى ببينة المط (والاستصناع) لغة طلب العمل متعد
الى مفعولين * وشرعا بيع ما يصنعه عينا فيطلب فيه من الصانع العمل والعين جميعا * فلو كان العين
من المستصنع كان اجارة لا استصناعا * وكيفيته ان يقول لصانع كخفاف مثلا اصنع لى من مالك
خفا من هذا الجنس بهذه الصفة بعشرين (٢ باجل) معلوم كأن يقول الى شهر مثلا (سلم)
فيعتبر فيه شرائطه (فيصح فيما امكن ضبط صفته وقدره تعورف) الاستصناع فيه (اولا) عند
٣ الامام لان السلم بالاجل ثابت بالكتاب والسنة والاجماع مطلقا والاستصناع بالاجل فى
عرفهم فلا يحمل عليه * وعندهما ان ضرب الاجل فيما تعورف فهو استصناع لان اللفظ حقيقة فيه
فيحفظ على مقتضاه وان ضرب فيما لا يتعارف فيه فهو سلم لتعذر جعله استصناعا او يحمل الاجل فيما
فيه تعامل على الاستعجال * هذا اذا كانت المدة على سبيل الاستمهال * اما اذا كانت على سبيل الاستعجال
بان استصنع على ان يفرغ عنه غدا او بعد غد لا يصير سلما بالاجماع وحكى عن الهندوانى انه ان ذكره
المستصنع فليس بسلم وان ذكره الصانع فسلم وقيل ان ذكر ادنى مدة تمكن فيه من العمل فاستصناع
وان كان اكثر فسلم يراعى شرائطه (و) الاستصناع (بلا اجل) معلوم (يصح) استحسانا (فيما
تعورف) فيه (كخف وطشت وقمقمة) وغير ذلك من الاوانى (وهو بيع) والقياس ان لا يصح لانه
بيع المعدوم وبه قال زفر والائمة الثلاثة * وجه الاستحسان ان المستصنع فيه المعدوم يجعل موجودا
حكما كطهارة المعذور فنزل منزلة الاجماع للتعامل من زمن النبى عليه السلام الى يومنا هذا
وهو من اقوى الحجج وقد استصنع رسول الله عليه السلام خاتما ومنبرا فصار كدخول الحمام باجر
فانه جاز استحسانا للتعامل وان ابى القياس جوازه لان مقدار المكث وما يصب من الماء مجهول
وكذا لو قال لسقاء اعطنى شربة ماء بفلس او احتجم باجر (لا عدة) كما ذهب اليه الحاكم الشهيد
قائلا اذا جاء مفروغا عنه ينعقد بالتعاطى * ولذا يثبت الخيار لكل واحد منهما لكن الصحيح من
المذهب جوازه بيعا لان محمدا ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان فى المواعدة * وفرع
على كونه بيعا بقوله (فيجبر الصانع على عمله) ولو كان عدة لم يجبر (ولا يرجع المستصنع عنه)
اى عن امره ولو كان عدة لجاز رجوعه (والبيع هو العين لا عمله) اى عمل الصانع * وقال البردعى
عمله نظرا الى ان الاستصناع مشتق من الصنع وهو العمل والاول اصح لان المق هو العين
وذكر الصنعة لبيان الوصف والجنس ويكون المبيع هو العين لانه معطوف على ما بعد الفاء لا
العمل * وفرع على كونه العين بقوله (فلو اتى) الصانع (بما صنعه) قبل العقد (غيره او بما صنعه

٢ والمراد بالاجل ما قدمه من ان اقله شهر فان لم يصح كان استصناعا ان جرى فيه التعامل والا ففاسد ان ذكره على وجه الاستمهال كما فى البحر منه ٣ وفى العناية ولابى حنيفة انه دين يحتمل السلم وتقريره لا نسلم ان اللفظ محكم فى الاستصناع فان ذكر الاجل ادخله فى حيز الاحتمال واذا كان محتملا للامرين كان حمله على السلم اولى لان جوازه بالاجماع بلا شبهة فيه وفى تعاملهم الاستصناع نوع شبهة يريد به ان فى فعل الصحابة فى تعاملهم الاستصناع شبهة منه

هو قبل (العقد فاخذه) اى المستصنع العين (صح) ولو كان المبيع عمله لما صح بيعه ولا يتعين المصنع بفتح النون (للمستصنع) بكسر النون (بلا اختياره) ورضاه (فيصح بيع الصانع له اى للمستصنع بفتح النون (قبل رؤيته) ولو تعين له لما صح بيعه (وله اخذه وتركه) اى للمستصنع بكسر النون بعد الرؤية الخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه ولا خيار للصانع فيجبر على العمل * وعن الامام ان له الخيار دفعا للضرر عنه * والصحيح الاول وعن ابي يوسف انه لا خيار لواحد منهما (ولا يصح) الاستصناع بلا اجل (فيما لم يتعارف) هو فيه (كالثوب) يعني لو امر حائكا ان ينسج له ثيابا بغزل من عنده بدراهم لم يجز اذ لم يجر فيه التعامل فيبقى على اصل القياس الا اذا شرط فيه الاجل وبين شرائط السلم فح يجوز بطريق السلم * وفي البحر دفع مصحفا الى مذهب ليذهبه بذهب من عنده واراه المذهب انموذجا من الاعشار والاخماس ورؤس الآى واوائل السور فامره رب المصحف ان يذهبه كذلك باجرة معلومة لا يصح و في الخانية رجل استصنع رجلا في شيء ثم اختلفا في المصنوع فقال المستصنع لم تفعل ما امرتك وقال الصانع فعلت قالوا لا يمين فيه لاحدهما على الآخر * ولو ادعى الصانع على رجل انك استصنعت الي في كذا وكذا وانكر المدعى عليه لا يحلف

﴿ مسائل ﴾

خبر مبتدأ محذوف اى هذه مسائل (شتى) جمع شتيت وعبر عنها في الهداية بمسائل منثورة وعبر في التنوير بالمتفرقات والمعنى واحد وحاصلها ان المسائل التي تشذ على الابواب المتقدمة فلم تذكر فيها اذا استذكرت سميت بها متفرقات من ابوابها او منثورة عن ابوابها (يصح بيع الكلب والفهد وسائر السباع علمت) الكلب والفهد والسباع (اولا) عندنا لحصول الانتفاع بهم حراسة او اصطيادا * وعن ابي يوسف لا يصح بيع الكلب العقور لانه لا ينتفع به فصار كالهوام المؤذية * وذكر في المبسوط انه لا يجوز بيع الكلب العقور الذي لا يقبل التعليم وقال هذا هو الصحيح من المذهب وهكذا يقول في الاسد اذا كان يقبل التعليم ويصادبه انه يجوز بيعه وان كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز والفهد والبازي يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال اه * واجيب بانه ينتفع بجلده لانه يطهر بالدباغ ويكون المتلف ضامنا لان النبي عليه السلام قضى في كلب باربعين درهما من غير تخصيصه بنوع وقال الشافعي لا يصح بيع الكلب مطلقا وهو قول احمد وبعض اصحاب مالك واما اقتناء الكلب للصيد او لحفظ الزرع او المواشي او البيوت فجائز بالاجماع كما في الشمني واختلفت الرواية عن الامام في القرد وكره عند ابي يوسف وجاز عند محمد * والفيل كالهرة في جواز بيعه * وفي البزازية وشراء السباع جائز ولحمها لا وبيع الفيل جائز وفي التجنيس ان المختار للفتوى جواز بيع لحم المذبوح من السباع وكذا الكلب والحمار لانه طاهر وينتفع به في اطعام سنورة بخلاف الخنزير المذبوح لانه نجس العين وفي التخصيص اشعار بعدم جواز بيع هوام الارض كالحية والعقرب ودواب البحر غير السمك كالضفدع و السرطان لان جواز البيع يدور مع حل الانتفاع وحرمة الانتفاع بها وقال بعضهم ان بيع الحية يجوز اذا انتفع بها للادوية * ولا يخفى ان هذه المسئلة مستدركة بما مر في بيع الفاسد كما

في القهستاني* لكن في البحر و بيع غير السمك من دواب البحران كان له ثمن كالسنقور وجلود الخز ونحوها يجوز والافلا (والذمي في البيع كالمسلم) لانه مكلف بمثل هذه الاحكام كالمسلم يعني ان مايحل لنا يحل لهم وان مايحرم علينا يحرم عليهم في العقود لقوله عليه السلام فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين بعد اداء الجزية (الا في) بيع (الخمر فانها) اى الخمر (في حقه) اى في حق الذمي (كالخل) في حقنا (و) الا في (الخنزير) فانه (في حقه كالشاة) في حقنا* وفي البحر لا يمنعون من بيع الخمر والخنزير اما على قول بعض مشايخنا فانه يباح الانتفاع به شرعا لهم فكان مالا في حقهم* وعن البعض حرمتهما ثابتة على العموم في حق المسلم والكافر لان الكفار مخاطبون بالشرائع في الحرمات وهو الصحيح من مذهب اصحابنا وكانت الحرمة ثابتة في حقهم لكنهم لا يمنعون عن بيعهما لانهم لا يعتقدون حرمتهما ويتمولونهما وقدامرنا بتركهم وما يدينون (ومن زوج مشريته) لآخر (قبل قبضها جاز) لثبوت الولاية عليه بالشراء لانه سبب الملك فيجعل التصرف بالتزويج في المبيع المنقول قبل القبض كالاعتاق والتدبير في عدم الانفساخ بخلاف التصرف بمثل البيع قبل القبض اذهو ينفسخ بهلاك المبيع قبل قبضه (فان وطئت) اى ان وطئها زوجها (كان) الوطئ (قابضا لها) لان وطئ الزوج حصل بتسليط المشترى فصار منسوبا اليه كانه فعله بنفسه (والا) اى وان لم يطأها الزوج (فلا) يكون قابضا اذ بمجرد التزويج لا يتحقق القبض* والقياس ان يتحقق وهو رواية عن ابي يوسف لانه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي* وجه الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا وفي التنوير فلو انتقض البيع بطل النكاح في المختار (ومن اشترى شيئا) منقولا (فغاب) المشترى قبل قبض المبيع ونقد الثمن (غيبة معروفة) بان علم مكانه فاقام بائعه بينة انه باعه منه (لا يباع) ذلك الشئ (في دين بائعه) اى لم يبعه القاضي في دين البائع لانه يتوصل الى حقه بالذهاب اليه فلا حاجة الى بيعه لان فيه ابطال حق المشترى في العين (وان لم تكن) غيبة (معروفة) بان لم يعلم مكانه وطلب بيعه بثمنه (يباع فيه) اى في الثمن (اذا برهن انه باعه منه) اى من الغائب (اذا لم يكن قبضه) الغائب لان القاضي نصب لكل من عجز عن النظر ونظرهما في بيعه لان البائع يصل به الى حقه ويبرأ من ضمانه والمشترى ايضا تبرأ ذمته من دينه ومن تراكم نفقته فاذا انكشف الحال عمل القاضي بموجب اقراره فلا يحتاج الى خصم حاضر وانما يحتاج اذا كانت البينة للقضاء لان البينة هنا ليست للقضاء على الغائب وانما هي لنفي التهمة وانكشاف الحال وهذا لان الشئ في يده وقد اقر بالغائب على وجه يكون مشغولا بحقه فيظهر الملك للغائب على الوجه الذي اقر به ولا يقدر البائع ان يصل الى حقه كالراهن اذا مات مفلسا والمشترى اذا مات مفلسا قبل القبض فان فضل شئ من الثمن يمسك للغائب وان نقص رجع البائع على المشترى اذا ظفر وقيدنا بالمنقول احترازا عن العقار فان القاضي لا يبيعه كما في النهاية (وان غاب احد المشترين) بان اشتراه رجلان فغاب احدهما والمسئلة بحالها (فللحاضر دفع كل الثمن وقبض المبيع وحبسه) اى حبس المبيع عن شريكه (اذا حضر الغائب حتى ينقد) شريكه (حصته) لانه مضطر اذ لا يمكنه الانتفاع

بنصيبه الاباداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس مابقي منه شيء والمضطر يرجع واذا كان انه يرجع عليه كان له الحبس عند الطرفين الى ان يستوفي حقه ولو حبس لايصير غاصبا* وعند ابي يوسف كان مقطوعا فيما ادى عن صاحبه لان قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وليس له الحبس ويصير غاصبا به فهلك بالقيمة* قيل هذا اذا كان الثمن حالا امااذا كان مؤجلا فليس للحاضر دفعه وان حل الاجل (وان اشترى) شيئا (بالف مثقال ذهب وفضة فهما) اى الذهب والفضة (نصفان) اى يجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة مثقال من الفضة لانه اضاف المثقال اليهما على السواء ويشترط بيان الفضة من الجودة وغيرها بخلاف مالوقال من الدراهم والدنانير فانه لايحتاج الى بيان الفضة وينصرف الجياد وان قال بالف من الذهب والفضة فمن الذهب خمسمائة مثقال ومن الفضة خمسمائة دراهم وزن سبعة اى كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل لاضافة الالف المبهم اليهما فينصرف الى الوزن المتعارف المعهود فى كل واحد منهما* وفيه اشارة الى انه لوقال لفلان على كر حنطة وشعير وسمسم فانه يجب من كل جنس ثلث الكر* وهكذا فى المعاملات كلها كما فى البحر وفى الفتح فى الدراهم ينصرف الى الوزن المعهود * ويجب كون هذا اذا كان المتعارف فى بلد العقد فى اسم الدراهم مالم يوزن سبعة والمتعارف فى بعض البلاد الآن كالشام والحجاز ليس كذلك بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم* واما فى عرف مصر لفظ الدرهم ينصرف الآن الى وزن اربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس الاان يقيد بالفضة فينصرف الى درهم بوزن سبعة وان مادونه ثقل اوخف يسمونه نصف فضة (ومن قبض زيفا بدل جيد غيرعالم به) اى بزيف (فانفقه او هلك فهو قضاء) وبرئ ولارجوع عليه بشيء عند الطرفين لان ايجاب رد الزيف لااخذ الجيد ايجاب له عليه بالنسبة الى شيء واحد ومثل هذا التكليف غير معهود فى الشرع ولان الزيف بعد الانفاق والهلاك ينوب مناب حقه الجيد (وقال ابو يوسف يرد مثل الزيف ويقضى الجيد) لان حق صاحب الدين يراعى من حيث الوصف لكن لايمكن رعايته بايجاب الضمان فى الوصف اذلاقيمة له عند المقابلة بجنسه فيلزم الرجوع الى الرد بمثل زيفه* وذكر فخر الاسلام وغيره ان قولهما قياس وقول ابي يوسف هو الاستحسان* فظاهره ترجيح قول ابي يوسف* وقيل قوله الانسب للفتوى * وفى الاصلاح ولمحمد فيه قولان قوله الاول مع ابي ح وقوله الاخير مع ابي يوسف قيد باتلاف لانه لوكان قائما يرده ويسترد الجيد عندهم* وقيد بغيرعالم به لانه لوكان عالما به عند القبض يسقط حقه بلاخلاف (وان ٤ فرخ طيرا وباض فى ارض) متعلق بهما (او تكنس ظبي) فيها اى تستر ومعناه دخل فى الكناس وهو موضع الظبي* وفى بعض النسخ او تكسر اى وقع فى ارض فتكسر رجله* ويحترز به عما لو كسره رجل فيها فهو يكون للكاسر لاللآخذ (فهو) اى المذكور من الفرخ والبيض والظبي لمن اخذه لانه مباح سبقت يده اليه فكان اولى به الا اذا هيأ ارضه لذلك فهو له او كان صاحب الارض قريبا من الصيد بحيث يقدر على اخذه او مد يده فهو لصاحب الارض كما فى البحر وغيره* فعلى هذا

٤ يقال افرخ الطير وفرخ من الافعال والتفعيل اذا صار ذافرخ كما فى المغرب منه

لوقيده كما قيدنا لكان اولى تدبر (وكذا صيد تعلق بشبكة منصوبة للجفاف) لا للاصطياد يعنى يكون هو للآخذ* (او دخل) الصيد (دارا) يكون ايضا للآخذ (ودرهم او سكر نثر فوقع) الدرهم او السكر (على ثوب) احد (فان اعده) اى الثوب (صاحبه) اى صاحب الثوب (لذلك) اى لوقوع الدرهم او السكر عليه (او كفه) اى جمع الثوب الى نفسه (بعد السقوط) عليه وان لم يعدله (او اغلق باب الدار بعد الدخول ملكه) اى صار له بهذا الفعل (وليس لغير اخذه) اذ بالاعداد والكف يظهر انه طالب الاخذ فكان مستحقا* وفى البحر نقلا عن الذخيرة ان اغلق الباب على الصيد ولم يعلم به لم يصر آخذاً مالكاله حتى لو خرج الصيد بعد ذلك فاخذه غيره ملكه (كما لو عسل النحل فى ارضه) اى جعل عسله فى ارض رجل (او نبت فيها شجر او اجتمع تراب بجريان الماء) فهو لصاحب الارض على كل حال وان لم تكن ارضه معدة لذلك لانه من انزال الارض حتى يملكه تبعا* ولهذا يجب فى العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر* ثم انه مهد هنا قاعدة كلية فقال (ما) اى الذى لا يصح تعليقه بالشرط ويبطله الشرط الفاسد اربعة عشر شيئا على ماذكر المص تبعا لصاحب الكنز الاول (البيع) فاذا باع عبدا وشرط استخدامه شهرا مثلا فالبيع فاسد* والاصل ان ما كان مبادلة مال بمال فانه لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد للنهى عن بيع وشرط* وما كان مبادلة مال بغير مال او كان من التبرعات فانه لا يبطل به لان الشروط الفاسدة من باب الربوا وهو مختص بالمعاوضات المالية دون غيرها من غير المالية والتبرعات ويبطل الشرط فقط* واصل اخر ان التعليق بالشرط المحض لا يجوز فى التمليكات ويجوز فيما كان من باب الاسقاط المحض كالطلاق والعتاق* وكذا ما كان من باب الاطلاقات والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملائم* وكذا التحريضات كما فى البحر (و) الثانى (الاجارة) بان آجر داره بشرط ان يقرضه المستأجر او يهدى اليه او آجره اياها ان قدم زيد فهى فاسدة لانها فى معنى البيع (و) الثالث (القسمة) بان كان للميت دين على الناس فاقتسموا التركة من الدين والعين على ان يكون الدين لاحدهم والعين للباقين فهى فاسدة لانها فى معنى البيع من حيث اشتمالها على الاقرار فى المبادلة (و) الرابع (الاجازة) بان باع فضولى عبده فقال اجزته بشرط ان تقرضنى او تهدى الى او علقها بشرط لانها بيع معنى كما ذكره العينى* ولا خصوصية لاجازة البيع بل كل ما لا يصح تعليقه بالشرط اذا انعقد موقوفا لا يصح تعليق اجازته بالشرط حتى النكاح (و) الخامس (الرجعة) بان قال لمطلقته الرجعية راجعتك على ان تقرضينى كذا او ان قدم زيد لانها استدامة الملك فتكون معتبرة بابتدائه كما لا يجوز تعليق ابتدائه لا يجوز تعليقها كما ذكره العينى* قال فى البحر وهو سهو وخطأ صريح وسيأتى ان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد وان كان لا يصح تعليقه وفصل كل التفصيل* فليراجع* لكن يفرق بين النكاح والرجعة بانه لا يشترط فيها رضى الزوجة ولا شهود ولا مهر وبانه يجوز عود الامة على الحرة التى تزوجها بعد ما طلق الامة بخلاف النكاح تدبر (و) السادس (الصلح عن مال) اى عال بان قال صالحتك على ان تسكننى فى الدار سنة مثلا لانه

معاوضة مال بمال فيكون بيعا (و) السابع (الابراء عن الدين) بان قال ابرأتك عن ديني على ان تخدمني شهرا او ان قدم فلان لانه تمليك من وجه حتى يرتد بالرد وان كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط الا اذا علق بكائن كما قال المديون دفعت الى فلان فقال ان كنت دفعت اليه فقد ابرأتك صح لانه تعليق بامر كائن * وفي البحر وحاصله ان التعليق بموت الدائن صحيح الا اذا كان المديون وارثا وعلق في مرض موته فيكون مخصصا لاطلاق الكتاب (و) الثامن (عزل الوكيل) بان قال لوكيله عزلتك ان تهدى الى شيئا او ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به فلا يجوز تعليقه بالشرط الفاسد كما ذكره العيني * وفي البحر وتعليله يقتضي عدم صحة تعليقه واما كونه يبطل بالشرط الفاسد فلا دليل عليه من هذا وعندي ان هذا خطأ ايضا فان عزل الوكيل ليس من قبيل ما يبطل بالشرط الفاسد وانما هو من قبيل ما لا يصح تعليقه بالشرط لكن لا يبطل بالشرط الفاسد اه * وفيه كلام لانه اذا لم يصح تعليقه بالشرط الفاسد فقد بطل ذلك الشرط الفاسد بمعنى انه اذا وجد ذلك الشرط لم يترتب وجوده عليه كما قال بعض الفضلاء وهو جواب بعينه عما يورد في الرجعة وغيرها تدبر (و) التاسع (الاعتكاف) بان قال اعتكفت ان شفى الله مريضي او ان قدم زيد فلانه ليس مما يحلف به كعزل الوكيل * وفي المنح نقلا عن البحر وعندي ان ذكره في هذا القسم خطأ من وجهين من كونه يبطل بالشروط الفاسدة ومن كونه لا يصح تعليقه * اما الثاني فقال في القنية قال لله علي اعتكاف شهر ان دخلت الدار ثم دخل فعليه اعتكاف شهر عند علمائنا فاذا صح تعليقه بالشرط لم يبطل بالشرط الفاسد * لكنه ذكر ايجاب الاعتكاف من جملة ما لا يصح تعليقه بشرط ويبطل بفاسده وذكر في البزازية من هذا القسم نقل وتعليق وجوب الاعتكاف بالشرط لا يصح ولا يلزم وقد ناقض الكمال كلامه فانه جعل ايجاب الاعتكاف مما لا يصح تعليقه وعزاه الى الخلاصة ولم يقل في رواية مع انه قدم في باب الاعتكاف ان الاعتكاف الواجب هو المنذور تنجيزا او تعليقا وهو صريح في صحة التعليق بالشرط * وتمام تحقيقه يطلب في البحر فليراجع * لكن ان ما لا يصح تعليقه وما لا يصح هو مع الشرط الفاسد هو الاعتكاف نفسه لا النذر به بل النذر به يصح تعليقه بالشرط ويترتب لزومه على تحقق الشرط فلا يفسده كالنذر بسائر العبادات التي يصح النذر بها بخلاف الوضوء وعيادة المريض كما عرف في محله * وقد ذكروا ابعد هذا ان الوقف لا يصح تعليقه بالشرط ويصح تعليق النذر به فافترقا تدبر (و) العاشر (المزارعة) بان قال زارعتك ارضي على ان تقرضني كذا او ان قدم فلان لانها اجارة فلا يصح تعليقها بالشرط (و) الحادي عشر (المعاملة) وهي المساقاة بان قال ساقيتك شجري او كرمي على ان تقرضني كذا او ان قدم فلان لانها اجارة ايضا (و) الثاني عشر (الاقرار) بان قال لفلان علي كذا ان اقرضني كذا او ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به بخلاف ما اذا علق بموته او بمجيء الوقت فانه يجوز ويحمل على انه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود او دعوى الاجل فيلزمه للحال (و) الثالث عشر (الوقف) بان قال وقفت داري ان قدم فلان لانه

في الفصل الخامس من كتاب البيوع اعني في البيع بشرط

ليس مما يحلف به ايضا * وفى البحر وفى الجامع الفصولين والوقف فى رواية فظاهره ان فى صحة تعليقه روايتين وفى الفتح وشرطه ان يكون منجزا غير معلق فلو قال ان قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا يصير وقفا (وكذا) اى الرابع عشر (التحكيم) بان يقول المحكمان اذا اهل شهر او قالا لعبد او كافر اذا اعتقت او اسلمت فاحكم بيننا عند ابى يوسف خلافا لمحمد فانه يجوز تعليقه عنده بشرط واضافته الى زمان كالوكالة والقضاء ولهما ان التحكيم تولية صورة وصلح معنى فباعتبار انه صلح لا يصح تعليقه ولا اضافته وباعتبار انه تولية يصح فلا يصح بالشك والاحتمال * وفى الخانية الفتوى على قول ابى يوسف ولم يتعرض فيه لقول الامام * وقد قال بعض شارحى الكنز فانه لا يصح عنده وعليه الفتوى ولم يتعرض لقول الامامين (وما) اى الذى (لا يبطله الشرط الفاسد) وهو سبعة وعشرين شيئا على ما ذكره المص الاول (القرض) بان قال اقرضتك هذه المائة بشرط ان تخدمنى شهرا مثلا فانه لا يبطل بهذا الشرط * وذلك لان الشروط الفاسدة من باب الربوا وانه مختص بالمبادلة والعقود كلها ليست بمعاوضة مالية فلا يؤثر فيها الشروط الفاسدة * وفى البزازية وتعليق القرض حرام والشرط لا يلزم (و) الثانى (الهبة) بان قال وهبت لك هذه الجارية بشرط ان يكون حملها الى (و) الثالث (الصدقة) بان قال تصدقت عليك على ان تخدمنى جمعة مثلا (و) الرابع (النكاح) بان قال تزوجتك على ان لا يكون لك مهر كما عرف فى موضعه (و) الخامس (الطلاق) بان قال طلقتك على ان لا تتزوجى غيرى (و) السادس (الخلع) بان قال على ان يكون لى الخيار مدة سماها بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال (و) السابع (العتق) بان قال اعتقتك على انى بالخيار (و) الثامن (الرهن) بان قال رهنت عندك عبدى بشرط ان استخدمه (و) التاسع (الايصاء) بان قال اوصيت اليك على شرط ان تتزوج ابنتى (و) العاشر (الوصية) بان قال اوصيت لك بثلث مالى ان اجاز فلان ذكره العينى * وقال فى البحر وفيه نظر لانه مثال تعليقها بالشرط والكلام الآن فى انها لا يبطل بالشرط الفاسد انتهى * لكن فيه كلام لان الشرط الفاسد يصدق مع عدم صحة التعليق ومع الصحة ومعناه انه يفسد او كان لا يجوز التعليق به وهنا يجوز فلم يفسد تدبر (و) الحادى عشر (الشركة) بان قال شاركتك على ان تهدينى كذا (و) الثانى عشر (المضاربة) بان قال ضاربتك فى الف على النصف فى الربح ان شاء فلان او ان قدم فلان ذكره العينى * وفى البحر وهو مثال لتعليقها بالشرط * وهذا الذى وقع للعينى اه دليل على كسله وعدم تصفح كلامهم فانه اوتى بالامثلة التى ذكروها فى الابواب لكان انسب لكن فيه كلام قد قررناه فى الوصية تدبر (و) الثالث عشر (القضاء) بان قال الخليفة وليتك قضاء مكة مثلا على ان لا تعزل ابدا (و) الرابع عشر (الامارة) بان قال الخليفة وليتك امارة الشام مثلا على ان لا تركب (و) الخامس عشر (الكفالة) بان قال كفلت غريمك ان قرضتنى كذا ذكره العينى * وفى البحر وهو مثال لتعليقها بالشرط اه * والجواب قدمر * تدبر (و) السادس عشر (الحوالة) بان قال احلتك على فلان بشرط ان لا ترجع عليه عند التوى (و)

(السابع)

السابع عشر (الوكالة) بان قال وكلتك ان ابرأت ذمتي عمالك على كذا ذكره العيني * وفي البحر وهو مثال تعليقها بالشرط اه * وقدم الجواب تدبر (و) الثامن عشر (الاقالة) بان قال اقلتك عن هذا البيع ان اقرضتني كذا ذكره العيني * وفي البحر نقلا عن القنية لا يصح تعليق الاقالة بالشرط وتقدم انها لو ... ايلا باقل من الثمن الاول او بجنس آخر لم تفسد ووجب الثمن الاول * وهو مثال انها لا تبطل بالشروط الفاسدة واما ما ذكره العيني فمثال تعليقها اه * وفيه كلام قدم مرارا (و) التاسع عشر (الكتابة) بان قال المولى لعبده كاتبتك على الف بشرط ان لا تخرج من البلد او على ان لا تقابل فلانا او على ان لا تعمل في نوع من التجارة فان الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل الشرط * وذلك لان الشرط غير داخل في صلب العقد واما اذا كان داخلا بان كان في نفس البدل كالكتابة على خمر ونحوها فانها تفسد به على ما عرف في موضعه (و) العشرون (اذن العبد في التجارة) بان قال المولى لعبده اذنت لك في التجارة على ان تتجر الى شهر اوسنة او نحوهما لانه ليس بعقد بل هو اسقاط والاسقاطات لا تتوقف (و) الحادي والعشرون (دعوة الولد) بان يقول المولى ان كان لهذه الامة حمل فهو مني لان النسب مما يتكلف ويحتاط في ثبوته (و) الثاني والعشرون (الصلح عن دم العمد) بان صالح ولي المقتول عمدا القاتل على شيء بشرط ان يقرضه او يهدي اليه شيئا فان الصلح صحيح والشرط فاسد ويسقط الدم لانه من الاسقاطات ولا يحتمل الشرط * وكذا الابراء عنه ولم يذكره اكتفاء به (و) الثالث والعشرون (الجراحة) بان صالح منها بشرط اقراض شيء او اهدائه * وقيد صاحب الدرر التي فيها القصاص فان الصلح اذا كان عن الجراحة التي فيها الارش كان من القسم الاول * وكذا اذا كان عن القتل الخطأ يكون من القسم الاول (و) الرابع والعشرون (عقد الذمة) بان قال الامام لحربي يطلب عقد الذمة ضربت عليك الجزية ان شاء فلان مثلا فان عقد الذمة صحيح والشرط باطل كما في البحر وهو كما لا يخفى مثال لتعليق عقد الذمة بالشرط والعجب انه اعترض العيني مرارا فغفل عنه تأمل (و) الخامس والعشرون (تعليق الرد بعيب) بان قال ان وجدت بالمبيع عيبا ارده عليك ان شاء فلان مثلا او بخيار شرط وهو السادس والعشرون اي وتعليق الرد به بان قال من له خيار الشرط في البيع رددت البيع او قال اسقطت خياري ان شاء فلان فانه يصح ويبطل الشرط كما في البحر * وفيه كلام لان تعليق الرد بالعيب باطل وله الرد بالعيب وفي خيار الشرط صح ما شرط * ومثل في الخلاصة للاول بقوله بان قال ان لم ارد هذا الثوب المعيب اليوم عليك فقد رضيت بالعيب وللثاني بقوله لو قال ابطلت خياري اذا جاء غد اه * ومقتضاه انه اذا قال ذلك يبطل خياره اذا جاء غد * فقول صاحب البحر يبطل الشرط ليس بظاهر تدبر (و) السابع والعشرون (عزل القاضي) بان قال الخليفة للقاضي عزلتك عن القضاء ان شاء فلان فانه ينعزل ويبطل الشرط كما في البحر * لكن يرد عليه بان هذا مثال للتعليق بالشرط كما مر آنفا والمص لم يذكر ما تصح اضافته الى المستقبل وما لا تصح واقتصر من القاعدة على ما ذكره * لكن قال في المنح والدرر وما تصح اضافته الى المستقبل اربعة

عشر الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والوصية بالمال والقضاء والامارة والطلاق والعتاق والوقف* ومالاتصح اضافته الى المستقبل عشرة البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين فان هذه الاشياء تمليكات فلاتجوز اضافتها الى الزمان كما لايجوز تعليقها بالشرط لمافيه من معنى القمار

كتاب الصرف

وجه المناسبة بالبيع وتأخيره ظ(هو) لغة النقل والزيادة وشرعا هو (بيع ثمن بثمن) اى ماخلق للثمنية (مجانسا) كبيع الفضة بالفضة والذهب بالذهب (اولا) كبيع الذهب بالفضة او بالعكس ودخل تحت قولنا ماخلق للثمنية بيع المصوغ بالمصوغ او بالنقد فان المصوغ بسبب ما اتصل به من الصنعة لم يبق ثمنا صريحا ولهذا يتعين في العقد ومع ذلك بيعه صرف لانه خلق للثمنية (وشرط فيه) اى في الصرف اى شرط بقائه على الصحة لاشرط انعقاده وهو الصحيح المختار كما في البحر (التقابض قبل التفرق) بالابدان حتى لو قاما وذهبا معا فرسخا مثلا في جهة واحدة ثم تقابضا قبل الافتراق صح وكذا لو طال قعودهما في مجلس الصرف او ناما او غمى عليهما فيه ثم تقابضا بخلاف خيار المخيرة اذا التخيير تمليك فيبطل بمايدل على الرد والقيام دليله * والمعتبر افتراق العاقدين حتى لو كان لكل من الرجلين على صاحبه دين فارسل رسولا فقال بعت الدنانير التي لى عليك بالدراهم التي لك على وقال قبلت فهو باطل لان حقوق العقد تتعلق بالمرسل لابالرسول* وكذا لو نادى احدهما صاحبه من وراء جدار او ناداه من بعيد لم يجز لانهما مفترقان بابدانهما كما في البحر (وصح بيع الجنس بغيره) يعنى الذهب بالفضة او بالعكس (مجازفة وبفضل) ان تقابضا في المجلس لان المستحق هو القبض قبل افتراق دون التسوية فلايضره الجزاف * ولو افترقا قبل القبض بطل لفوات الشرط * والمراد بالقبض القبض ٦ بالبراجم لابالتخلية (لابيعه) اى بيع الجنس (بجنسه) لامجازفة ولابفضل الامستاويا لما مر في الربوا وقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وفي المجازفة احتمال الربوا فلايجوز (وان) وصلية (اختلفا جودة وصياغة) لان المماثلة في الاوصاف ليست بشرط لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء ولافرق في ذلك بين ان يكونا ممايتعين بالتعيين كالمصوغ والتبر اولايتعينان كالمضروب اويتعين احدهما دون الآخر وفي البحر اذا باع درهما كبيرا بدرهم صغير او درهما جيدا بدرهم ردى يجوز لان لهما فيه غرضا صحيحا ثم فرعه بقوله (فان بيع) الجنس بالجنس (مجازفة ثم علم التساوى قبل التفرق جاز) والافلا* والقياس ان لايجوز لوقوع العقد فاسدا فلاينقلب جائزا* لكنهم استحسنوا جوازه لان ساعات المجلس كساعة واحدة* وقال زفر اذا عرف التساوى بالوزن جاز سواء كان في المجلس او بعده* وانماقلنا بيع الجنس بالجنس لان وضع المسئلة فيه * قال في البحر وغيره لو باع الجنس بالجنس مجازفة فان علم تساويهما قبل الافتراق صح وبعده لا على ان المسئلة اختلاف الجنس قد تقدمت آنفا فلا حاجة الى التكرار * فعلى هذا ظهر فساد ما ٧ قيل في تفسير قوله فان بيع اى الذهب بالفضة مجازفة ثم علم التساوى

٦ البراجم هى مفاصل الاصابع يريد به اليد منه

٧ قائله باقانى منه

(قبل)

قبل التفرق جاز لاختلاف الجنس تدبر (ولا يجوز التصرف في بدل الصرف قبل قبضه) اذ كل واحد منهما ثمن من وجه * وهذا القدر يكفي في سلب الجواز لان الشبهات ملحقة بالحقيقة في باب الحرمات * ثم فرعه بقوله (فلو باع ذهبا بفضة واشترى بها) اى بالفضة (ثوبا قبل قبضها فسد بيع الثوب) لفوات القبض الواجب في بدلى الصرف ولان الثمن في الصرف مبيع من وجه لعدم الاولوية والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز * قيل لا نسلم عدم الاولوية فان ما دخله الباء اولى بالثمنية * واجيب بان ذلك في الاثمان الجعلية لا في الاثمان الخلقية والقياس يقتضي جوازه كما نقل عن زفر (ولو اشترى امة تساوى الفا مع طوق) من فضة (قيمته الف بالفين) متعلق باشترى (ونقد) المشترى من الثمن (الفا فهو ثمن الطوق) لان قبض ثمن الصرف واجب حقا للشرع وقبض ثمن الامة ليس بواجب فالظاهر هو الاتيان بالواجب (ولو اشتراها) اى الامة التى معها طوق (بالفين الف نقد والف نسيئة فالنقد ثمن الطوق) لان التأجيل في الصرف باطل وفي المبيع جائز فيصرف الاجل الى الامة دون الطوق اذ المباشرة على وجه الصحة لا على وجه البطلان * ولو اشتراها بالفين نسيئة فسد في الكل قيد بتأجيل البعض لانه لو اجل الكل فسد البيع في الكل عند الامام * وقالا يفسد في الطوق دون الامة كما في البحر (وان اشترى سيفا حليته خمسون) اى تساوى خمسين درهما (بمائة) متعلق باشترى (ونقد خمسين فهي حصة الحلية وان) وصلية (لم يبين) المشترى حصة الحلية لان حصة الحلية يجب قبضها في المجلس والظاهر من حال المسلم ان لا يترك الواجب فيحمل عليه وان لم يبينه ولم ينوه (او قال هي من ثمنهما) لان معنى قول المشترى خذ هذا من ثمنهما خذ بعضا من ثمن مجموعهما * وثمن الحلية بعض ثمن المجموع فيحمل عليه طلبا للجواز * وقيل معناه خذ هذا على انه ثمن كل منهما وليس الحال كذلك فيكون من قبيل ذكر الاثنين وارادة الواحد كما قال الله تعالى نسيا حوتهما وقال الله يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما بخلاف ما اذا لم يذكر المفعول به للامكان * وهنا صورتان: احديهما ان يبين ويقول خذ هذا نصفه من ثمن الحلية ونصفه من ثمن السيف * والثانية ان يجعل الكل من ثمن السيف وفيهما يكون المقبوض ثمن الحلية لانهما شيء واحد فيجعل عن الحلية لحصول مراده هكذا ذكره الزيلعي * وفي البحر وفي المعراج معزيا الى المبسوط او قال خذ هذه الخمسين من ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم او قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد والاضافة ولا مساواة بعد تصريح الدافع بكون المدفوع ثمن السيف خاصة والقول في ذلك قوله لانه هو المملك فالقول له في بيان جهته * وفي السراج لو قال هذا الذي عجلته ثمن السيف كان عن الحلية وجاز البيع لان السيف اسم للحلية ايضا لانها في بيعه تبعا * ولو قال هذا من ثمن النصل والجفن خاصة فسد البيع لانه صرح بذلك وازال الاحتمال فلم يمكن حمله على الصحة اه * ويمكن التوفيق بان يحمل ما ذكره الزيلعي على ما اذا قال من ثمن السيف ولم يقل خاصة فيوافق ما في السراج واما ما في المبسوط فانما قال

خاصة فتح كأنه قال خذ هذا عن النصل فليتأمل اه * قيد بقوله بمائة لانه لو باعه بخمسين او اقل منها لم يجز للربوا وان باعه بفضة لم يدر وزنها لم يجز ايضا لشبهة الربوا خلافا لزفر ففي ثلاثة اوجه لا يجوز البيع وفي واحد يجوز وهو ما اذا علم ان الثمن ازيد مما في الحلية ليكون ما كان قدرها مقابلا لها والباقي مقابلة النصل خلافا للائمة الثلاثة * هذا اذا كان الثمن من جنس الحلية فان كان من خلاف جنسها اجاز كيف ما كان لجواز التفاضل * لا خصوصية للحلية مع السيف بل المراد اذا جمع مع الصرف غيره فان النقد لا يخرج عن كونه صرفا بانضمام غيره اليه * وعلى هذا بيع المزركش والمطرز بالذهب او الفضة * وفي المبسوط وكان محمد بن سيرين يكره بيعه بجنسه وبه نأخذ لاحتمال الزيادة والاولى بيعه بخلاف جنسه اه (وان تفرقا) اي المتعاقدان (بلا قبض) شيء (صح) البيع (في السيف دونها) اي دون الحلية (ان تخلص) السيف عن الحلية (بلا ضرر) لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والامة (والا) اي وان لم يتخلص بلا ضرر (بطل) البيع (فيهما) اي في السيف والحلية لان حصة الصرف يجب قبضها قبل الافتراق فاذا لم يقبضها حتى افترقا فسد فيه لفقد شرطه * وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لتعذر تسليمه بدون الضرر كالجذع في السقف * وفي البحر تفصيل فليراجع (وان باع اناء فضة) بفضة او ذهب (وقبض بعض ثمنه وافترقا) قبل قبض الباقي (صح) العقد (فيما قبض فقط) لوجود شرطه وهو القبض قبل الافتراق وبطل فيما لم يقبض لعدم وجود الشرط (والاناء مشترك بينهما) لان عقد الصرف وقع على كله اولا ثم طرأ الفساد على ما لم يقبض وهو لا يشيع على ما وجد فيه القبض فحصلت الشركة في الكل بالتراضي ولم يلزم تفريق الصفقة قبل التمام لان صفقة الصرف تمت بالتقابض ولو في البعض ولا خيار للمشتري بخلاف هلاك احد العبدين قبل القبض كما في البحر (وان استحق بعضه) اي بعض الاناء (اخذ المشتري ما بقي بحصته او رده) لان الشركة عيب في الاناء لان التشقيص يضره وكان ذلك بغير صنعه فيتخير بخلاف ما مر لان الشركة وقعت بصنعه وهو الافتراق قبل نقل كل الثمن فان اجاز المستحق قبل فسخ الحاكم العقد جاز العقد وكان الثمن له يأخذه البائع من المشتري ويسلمه اليه اذا لم يفترقا بعد الاجازة ويصير العاقد وكيلا للمجيز فتتعلق حقوق العقد به دون المجيز * اطلق في الخيار فشمل ما قبل القبض وبعده كما في البحر (ولو استحق بعض قطعة نقرة) وهي القطعة المذابة من الذهب او الفضة (اشتراها اخذ) المشتري (الباقي بحصته بلا خيار) لان الشركة ليست بعيب في النقرة اذ لا يلزم الانتقاص بالتبعيض فلم يتضرر المشتري بالشركة * فيما هذا لو كان الاستحقاق بعد قبضها اما لو كان قبل قبضها فله الخيار لتفرق الصفقة عليه قبل التمام كما في البحر * والدرهم والدينار نظير النقرة لان الشركة في ذلك لا تعد عيبا (وصح بيع درهمين ودينار بدينارين ودرهم) استحسانا عندنا بصرف الجنس الى خلافه فيقابل الدرهمان بالدينارين والدينار بالدرهم * وقال زفر والائمة الثلاثة لا يجوز هذا العقد اصلا (و) صح ايضا (بيع كر بر وكر شعير بكري بر وكري شعير) بان يجعل كرا بر بكر

(شعير)

شعير وكر اشعير بكر بر ولو صرفا الى جنسه فسد * وفى البحر تفصيل فليطالع (و) صح (بيع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) بان يجعل العشرة بمثلها والدينار بدرهم تصحيحا للعقد وانما ذكر هذه بعد التى قبلها وان كانت قد علمت مما قبلها البيان انه لا يشترط ان يكون الجنسان من الطرفين بل ان كانا فى طرف واحد فكذلك (و) صح (بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم ٨ غلة) للتساوى فى الوزن وسقوط اعتبار الجودة * وفيه خلاف زفر والائمة الثلاثة ايضا * وفى الاصلاح قد ذكر صاحب الوقاية هنا مسائل من مسائل الربوا ورددناها الى بابها اه * ويمكن الجواب بان يقال قد شرط التماثل فى الصرف قرارا عن الفضل المؤدى الى الربوا فذكر مسئلة بيع درهمين ودينار وبيع كر بر وبيع درهم صحيح فى الصرف لان مبناه على الجواز لا فى باب الربوا لكون مبناه على عدم الجواز (و) صح بالاجماع (بيع دينار بعشرة هى) اى العشرة (عليه) ويقع المقاصة بنفس العقد لان الدين لم يجب بالعقد بل كان ثابتا قبله وسقط باضافة العقد اليه ولا ربوا فى دين سقط (او بعشر مطلقة) اى صح استحسانا عندنا ان باع الدينار ممن عليه عشرة دراهم ولكن لم يضف العقد الى مافى ذمته بل الى عشرة مطلقة غير مقيدة بكونها عليه (ان دفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة) والقياس عدم الجواز وهو قول زفر والائمة الثلثة لكونه استبدالا * وجه الاستحسان انهما لما تقاصا انفسخ الاول وانعقد صرف آخر مضافا فثبت الاضافة اقتضاء كما لو جدد البيع باكثر من الثمن الاول * قيل هذا اذا كان الدين سابقا اما اذا كان حقا فكذلك يجوز فى اصح الروايتين وذلك بان باع دينارا بعشرة دراهم ثم باع مشترى الدينار ثوبا منه بعشرة وتقاصا * ثم الظاهر ان قوله وتقاصان معطوف على قوله ان دفع فيقتضى سقوط نون التثنية الا ان يقال انه استيناف لكنه بعيد * ولو قال وتقاصا بصيغة الماضى كما وقع فى سائر الكتب لكان اسلم تدبر (وما غالبه الفضة او الذهب فضة وذهب) لف ونشر مرتب (حكما) اذ الحكم فى الشرع للغالب لان الغش القليل لا يخرج الدرهم عن الدرهمية والدينار عن الدينارية لان النقود المستعملة بين الناس لا تخلو منه * ثم فرع بقوله (فلا يجوز بيع الخالص به) اى بغالب الفضة او بغالب الذهب (ولا بيع بعضه ببعض الا متساويا وزنا) استثناء من مجموع ما فى حيز قوله فلا يجوز (ولا يجوز (استقراضه الا وزنا) كما فى الجياد وما غلب عليه الغش منهما اى من الذهب والفضة بحيث لا يتميز عن الغش الا بضرر (فهو فى حكم العروض) لا فى حكم الدراهم والدنانير اذ الحكم للغالب فى الشرع * ثم فرعه بقوله (فبيعه) اى ما غلب عليه الغش (بالخالص على وجوه حلية السيف) لانه اذا كانت زيادة الخالصة معلومة يجوز البيع لو تقابضا قبل الافتراق وتكون الفضة بالفضة والزيادة فى مقابلة الغش هو النحاس وغيره على مثال بيع الزيتون بالزيت * اما اذا كانت الخالصة مثل ما فى المغشوش او اقل او لم يعلم ايهما اقل فلا يجوز كما هو حكم حلية السيف على ما بيناه فى موضعه (ويصح بيعه) اى بيع الذى غلب غشه (بجنسه متفاضلا) صرفا للجنس الى خلافه (بشرط التقابض فى المجلس) فى الصورتين لوجود الفضة من

٨ الغلة بضم الغين المعجمة وتشديد اللام اى الدرهم المقطعة * وقيل ما يرده البيت المال ويأخذ التجار ولا ينا فى لاحتمال ان يكون هى القطعة منه

الجانبين ومتى شرط القبض فى الفضة اعتبر فى النحاس لعدم التميز عنه الا بضرر هذا اذا عرف ان الفضة تجتمع عند اذابة المغشوشة ولا تحترق اما اذا عرف انها تحترق وتهلك كان حكما حكم النحاس الخالص ولا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا (ويصح التبايع والاستقراض بما يروج منه) اى من الذى غلب غشه من الذهب والفضة (وزنا) ان كان يروج وزنا (او عددا) ان كان يروج عددا (او بهما) اى بكل منهما ان كان يروج بهما لان المعتبر فيما لا نص فيه العادة (ولا يتعين بالتعيين) مادام يروج (لكونه ثمنا) بالاصطلاح فان هلك قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله (ولو اشترى به) اى بالذى غلب غشه وهو نافق (فكسد) قبل النقد (بطل البيع) عند الامام لان الثمنية ثبتت لها بعارض الاصطلاح فاذا كسدت رجعت الى اصلها ولم تبق فيبطل البيع لبقاءه بلا ثمن ويجب على المشترى رد المبيع ان كان قائما ومثله او قيمته ان كان هالكا (وقالا لا يبطل) البيع لان الثمن تعلق بالذمة والكساد عرض على الاعيان دون الذمة ولما لم يتمكن من تسليم الثمن لكساده تجب قيمته * ومن هذا قال (ويجب قيمته) اى قيمة الذى غلب غشه (يوم البيع عند ابى يوسف) لانه مضمون بالبيع فتعتبر قيمته فى ذلك الوقت كالمغصوب * وفى الذخيرة الفتوى على قول ابى يوسف (و) قيمته (آخر ما تعومل به عند محمد) اى قيمته يوم ترك الناس المعاملة لان التحول من رد المسمى الى قيمته انما صار بالانقطاع فيعتبر يومه وحد الكساد ان تترك المعاملة بها فى جميع البلاد وان كانت تروج فى بعض البلاد لا يبطل لكنه يتعيب فيتخير البائع * وحد الانقطاع ان لا يوجد فى السوق وان وجد فى يد الصيارفة او فى البيوت كما فى البحر * ولم يذكر فيما انقصت قيمتها قبل القبض او غلت * وفى التنوير ولو نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالاجماع ولا يتخير البائع وعكسه او غلت قيمتها وازدادت فكذلك البيع على حاله ولا يتخير المشترى ويطالب بنقد ذلك العيار الذى كان وقت البيع (وما لا يروج منه) اى من الذى غلب غشه كالرصاصة والستوقة (يتعين بالتعيين) لزوال المقتضى للثمنية وهو الاصطلاح * وينبغى للمص ان يذكر عقيب قوله ولا يتعين بالتعين لكونه ثمنا كما وقع فى سائر الكتب تتبع (والمتساوى الغش كغالبه فى التبايع والاستقراض) فلا يجوز البيع به ولا اقراضه الا بالوزن بمنزلة الدراهم الردية لان الخالص فيه موجود حقيقة ولم يصر مغلوبا فيجب الاعتبار بالوزن شرعا * واذا اشار اليه فى المبايعة كان بيانا لقدره ووصفه * ولا يبطل البيع بهلاكه قبل القبض ويعطيه مثله لكونه ثمنا لا يتعين كما فى البحر (وكذا فى الصرف) يعنى المتساوى الغش كغالبه فى الصرف ايضا حتى لا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا (وقيل كغالبه) اى كغالب الغش حتى يجوز بيعه بجنسه متفاضلا * ولو باعه بالفضة الخالصة لم يجز حتى يكون الخالص اكثر مما فيه الفضة لانه لا غلبة لاحدهما على الآخر فيجب اعتبارهما (ويجوز البيع بالفلوس النافقة وان) وصلية (لم تتعين) لانها اموال معلومة وصارت اثمانا بالاصطلاح فجاز بها البيع ووجبت فى الذمة كالنقدين ولا تتعين وان عينها كالنقد الا اذا قال اردنا تعليق الحكم بعينها فح يتعلق العقد بعينها بخلاف ما اذا باع فلسا بفلسين باعيانهما حيث يتعين من غير

تصريح لانه او لم يتعين لفسد البيع * وهذا على قولهما واما على قول محمد لا يتعين وان صرح * واصله ان اصطلاح العامة لا يبطل باصطلاحهما على خلافه عنده * وعندهما يبطل في حقهما كما في البحر (فان كسدت) اى اشترى بها شيئا فسدت قبل التسليم (فالخلاف كما في كساد المغشوش) يعني يبطل البيع عند الامام خلافا لهما * هكذا ذكر القدوري الخلاف * والذي في الاصل وشرح الطحاوي والاسرار البطلان من غير ذكر خلاف سوى خلاف زفر كما في اكثر شروح الهداية * لكن في الفتح جواب حاصله لا فرق بين كساد المغشوشة وكساد الفلوس اذ كل منهما سلعة بحسب الاصل ثمن بالاصطلاح فان غالبة الغش الحكم فيها للغالب وهو النحاس مثلا فلو لم ينص على الخلاف في الفلوس وجب الحكم به (ولو استقرضها) اى الفلوس (فكسدت يرد مثلها) اى اذا كانت هالكة عند الامام * واما اذا كانت قائمة فردعينها بالاجماع لان المردود في القرض جعل عين المقبوض حكما والا يلزم مبادلة جنس بجنس نسيئة وانه حرام فلا يشترط فيها الرواج (وعند ابي يوسف قيمتها) اى قيمة الفلوس (يوم القرض وعند محمد يوم الكساد) وقول ابي يوسف ايسر للفتوى لان يوم القبض يعلم بلا كلفة وقول محمد انظر في حق المستقرض لان قيمتها يوم الانقطاع اقل * وكذا في حق المقرض بالنظر الى قول الامام لا الى المفتي لان يوم الكساد لا يعرف الا بحرج ولا يجوز البيع بغير نافقة ما لم تعين لانها سلعة فلابد من تعيينها (ومن اشترى بنصف درهم فلوس او دانق) بفتح النون وكسرها سدس الدرهم يحتمل ان يكون عطفا على درهم او على نصف وهو الظ (فلوس او قيراط) وهو نصف الدانق (فلوس جاز البيع) عندنا وكذا بثلث درهم او ربعه (وعليه) اى على المشترى (ما يباع بنصف درهم اودانق اوقيراط ومنها) اى من الفلوس * فقوله من الفلوس بيان لما يباع لان التبايع بهذا الطريق متعارف في القليل معلوم بين الناس لا تفاوت فيه فلا يؤدي الى النزاع * واقتصر المص على مادون الدرهم لانه لو اشترى بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس لا يجوز عند محمد لعدم العرف وجوزه ابو يوسف للعرف وهو الاصح كما في الكافي (ولو دفع الى صيرفي) وهو من يميز الجودة من الرداءة (درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا) اى ماضرب من الفضة مايساوي وزن نصف درهم الا حبة فسد البيع في الكل عند الامام لان الفساد قوى في البعض وهو قوله نصف درهم الا حبة لتحقق الربوا لانه باع الفضة بالفضة متفاضلا وزن الحبة فيسري الى البعض الآخر وهو الفلوس لاتحاد الصفقة وعندهما صح البيع (في الفلوس) وبطل فيما يقابل الفضة واصل الخلاف ان العقد يتكرر عنده بتكرار اللفظ وعندهما بتفصيل الثمن * حتى لو قال اعطني بنصفه فلوسا واعطني بنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما كما في البحر وعن هذا قال (ولو كرر اعطني صح في الفلوس) اتفاقا لانه لما كرر صار عقدين وفي الثاني ربوا وفساد احد البيعين لا يوجب فساد الآخر * وفي المنح قال ابو النصر الاقطع هذا غلط من الناسخ لان العقد فيه فاسد عند ابي حنيفة وعندهما جائز في الفلوس فاسد في قدر النصف الآخر على اختلافهم في الصفقة الواحدة اذا تضمنت

الصحيح والفاسد وفى الفتح اعتراض وجواب* فليطالع (ولو قال اعطنى به) اى بالدرهم (نصف درهم فلوس) قال المولى سعدى قال ابن الهمام يجوز فى فلوس الجر صفة لدرهم والنصب صفة لنصف ويجوز على رواية الجر ان يكون صفة للنصف والجر على الجوار (ونصفا الاحبة صح فى الكل والنصف) والاولى بالفاء لتفريعية (الاحبة بمثله والفلوس بالباقى) لانه ذكر الثمن ولم يقسمه على اجزاء الثمن فيكون النصف الاحبة فى مقابلة مثله وما بقى من نصف حبة فى مقابلة الفلوس وفى التنوير الاموال ثلثة ثمن بكل حال وهو النقد ان صحبته الباء اولا قوبل بجنسه اولا* ومبيع بكل حال كالثياب والدواب* وثمن من وجه مبيع من وجه كالمثليات فانها ان اتصل بها الباء فهى ثمن والا فمبيع* واما الفلوس فان كانت رائجة الحقت بالثمن والا فبالسلعة* ومن حكم الثمن عدم اشتراط وجوده فى ملك العاقد عند العقد وعدم بطلان العقد بهلاك الثمن ويصح الاستبدال به فى غير الصرف والسلم* وحكم المبيع خلاف الثمن فى الكل

كتاب الكفالة

عقب البيوع بذكر الكفالة لانها لاتكون الا فى البياعات غالبا ولانها اذا كانت بامر كان فيها معنى المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التى هى معاوضة و(هى) فى اللغة الضم قال الله تعالى وكفلها زكريا اى ضمها الى نفسه* وقرئ بتشديد الفاء ونصب زكريا اى جعله كافلا لها وضامنا لمصالحها* وفى الشرع (ضم ذمة) اى ذمة الكفيل (الى ذمة) اى الى ذمة الاصيل (فى المطالبة) وفى المنح واصله ان الكفيل والمكفول عنه صار امطلوبين للمكفول له سواء كان المطلوب من احدهما هو المطلوب من الآخر كما فى الكفالة بالمال اولا كما فى الكفالة بالنفس فان المطلوب من الاصيل المال ومن الكفيل احضار النفس فلفظ المطالبة باطلاقه ينظمهما* هذا على رأى بعضهم* وجزم مسكين فى شرح الكنز بان المط منهما واحد وهو تسليم النفس فان المط عليه تسليم النفس والكفيل قد التزمه* اذا علمت هذا ظهر لك انه لا يحتاج الى قول منلا خسرو فى مطالبة النفس او المال او تسليم لان المطالبة تشمل ذلك انتهى* لكن فيه كلام لان صاحب الدرر قال بعده ولهذا اخترت تعريفا صحيحا متناولا لجميع الاقسام صريحا ولا صراحة فيما نقل صاحب المنح عن المسكين بل على طريق الشمول والتصريح اولى فى التعريف اولى تدبر (لا فى الدين) كما قاله بعضهم لكنه (هو) اى كونه ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة (الاصح) لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمة وكما تصح بالدين تصح باعيان المضمونة بنفسها ولانه لما ثبت الدين فى ذمة الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين وهو قلب الحقيقة فلا يصار اليه الا عند الضرورة كما فى العناية وغيرها* لكن فيه كلام لان معنى قلب الحقائق عند المحققين انقلاب واحد من الواجب والممتنع والممكن الى الآخر والدين فعل واجب فى الذمة وهو ههنا تمليك مال بدلا عن شئ كما فى القهستانى* وقال المولى اخى فى حاشيته تعليل صاحب العناية يعطى عدم صحة الثانى مع ان مقتضى صيغة التفضيل صحته* اللهم الا ان يمنع معنى الافضلية فيها كما صرح به فى شرح المفتاح فكانه قال الصحيح الاول* فاندفع ماذكر ٩ الاستاذ فى شرح الغرر اه* هذا مخالف لاصطلاح الفقهاء فانهم لا يستعملون

٩ والمراد من الاستاد هو مولانا خسرو منه* هذا من منهوات تلك الحاشية المسماة بذخيرة العقبى فى شرح صدر الشريعة العظمى م

(الا)

الاصح فى معنى الصحيح بل فى مقابلة الصحيح تدبر (ولا تصح) الكفالة (الا ممن يملك التبرع) لانه عقد تبرع ابتداء فلا تصح من العبد والصبي والمجنون لكن العبد يطالب بعد العتق كما فى الخلاصة * هذا بيان اهلها واما ركنها فايجاب وقبول بالالفاظ الآتية ولم يجعل ابو يوسف فى قوله الآخر القبول ركنا فجعلها تتم بالكفيل وحده فى المال والنفس * وشرطها كون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل وفى الدين كونه صحيحا * وحكمها لزوم المطالبة على الكفيل بما هو على الاصيل نفسا او مالا * والمدعى مكفول له والمدعى عليه مكفول عنه والنفس او المال مكفول به * والمكفول عنه والمكفول به فى الكفالة بالنفس واحد (وهى) الكفالة (ضربان) كفالة (بالنفس و) كفالة (بالمال) خلافا للشافعى فى الكفالة بالنفس اذ عنده لا تجوز الكفالة بالنفس فى قول لانه غير قادر على تسليم المكفول به حيث لا ينقاد له بل يمانعه ويدافعه بخلاف الكفالة بالمال لقدرته على مال نفسه * ولنا قوله صلى الله تعالى عليه وسلم الزعيم غارم وجه الاستدلال به انه باطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها * لا يقال لا غرم فى كفالة النفس لانا نقول الغرم لزوم ضرر عليه ومنه قوله تعالى ان عذابها كان غراما ويمكن العمل بموجبها بان يخلى بينه وبينه على وجه لا يقدر ان يمتنع عنه او بان يستعين باعوان القاضى على تسليمه مع ان الظاهر انه انما تكفل بنفس من يقدر على تسليمه وينقاد له وايضا الزام الشئ على نفسه يصح وان كان لا يقدر على الملتزم عليه غالبا كمن نذر ان يحج الف حجة يلزمه ذلك وان كان لا يعيش الف سنة

(فالاولى) اى كفالة النفس (تنعقد بكفلت بنفسه او رقبته او نحوها) اى نحو الرقبة (مما يعبر به عن) جميع (البدن) عرفا كالبدن والجسد والروح والرأس والوجه والعنق والعين والفرج اذا كانت امرأة بخلاف اليد والرجل (او بجزء شائع منه كنصفه او عشره) او ثلثه او ربعه او نحوها لان النفس واحدة فى حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كله * و فى السراج واما اذا اضاف الجزء الى الكفيل بان قال الكفيل كفلت لك نصفى او ثلثى فانه لا يجوز (و) تنعقد (بضمنته) اى بقوله ضمنت لك فلانا لانه تصريح بمقتضاه (او هو على) لان كلمة على للالتزام فكأنه قال انا ملتزم تسليمه (او الى) لان الى بمعنى على قال عليه السلام من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا اى يتيما او عيالا فالى وروى على لكونهما بمعنى (او انا زعيم) لان الكفيل يسمى زعيما قال الله حكاية عن صاحب يوسف وانا به زعيم اى كفيل (او قبيل به) اى بفلان لان القبيل هو الكفيل * ولهذا سمى الصك قبالة لانه يحفظ الحق (لا) تنعقد (بانا ضامن لمعرفته) لانه التزم معرفته دون المطالبة وقال ابو يوسف يصير ضامنا للعرف * وقال ابو الليث هذا القول عن ابى يوسف غير مشهور والظاهر ما روى عنهما وبظاهر الرواية يفتى كما فى اكثر الكتب * وفى المنح وينعقد بقوله انا ضامن حتى تجتمعا او يلتقيا ويكون كفيلا الى الغاية * وقيل لا ينعقد لعدم بيان المضمون هل هو نفس او مال قيد بالمعرفة لانه لو قال انا ضامن تعريفه او على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ * والوجه اللزوم كما فى البحر ولو قال انا ضامن لوجهه فانه يؤخذ به * ولو قال انا اعرفه لا يكون كفيلا وكذا لو قال انا كفيل لمعرفة فلان * ولو قال معرفة

فلان على قالوا يلزمه ان يدل عليه كما فى الخانية ولو قال فلان آشناء منست او آشناست صار كفيلا بالنفس عرفا وبه يفتى كما فى المضمرات (وصح اخذ كفيلين واكثر) لان حكم الكفالة استحقاق المطالبة وهو يحتمل التعدد فالتزام الاول لا يمنع الثانى على ان الحق منها التوثق واخذ كفيل آخر وآخر زيادة فى التوثق فصحت الثانية مع بقاء الاولى وكذا الثالثة فما فوقها (ويجب فيها) اى فى الكفالة بالنفس على الكفيل (احضار المكفول به) وهو النفس (اذا طلبه المكفول له) وهو المدعى وفاء بما التزمه (فان لم يحضره) اى ان لم يحضر الكفيل المكفول به بعد الطلب بغير عجز (حبس) على صيغة المبنى للمفعول اى حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء ما وجب عليه * ولكن لا يحبسه اول مرة حتى يظهر مطله لانه جزاء الظلم وهو ليس بظالم قبل المطل * هذا اذا اقر بالكفالة بالنفس اما اذا انكرها وثبتت بالبينة عند الحاكم فيحبسه اول مرة فى ظاهر الرواية * وقال الخصاف لا يحبسه اول مرة ولو ثبتت بالبينة وقيدنا بغير عجز لانه ان عجز فلا حبس بل يلازمه الطالب (وان عين) اى الكفيل (وقت تسليمه) اى المكفول به (لزمه) اى الكفيل (ذلك) اى احضار المكفول به (فيه) اى فى الوقت الذى عينه (اذا طلبه) المكفول له فى ذلك الوقت او بعده لانه التزمه كذلك (فان سلمه) اليه (قبل) مجئ (ذلك) الوقت (برئ) الكفيل وان لم يقبله المكفول له لانه ما التزم تسليمه الا مرة وقد اتى به * وفى المنح اذا كفل الى ثلاثة ايام كان كفيلا بعد الثلثة ولا يطالب فى الحال فى ظاهر الرواية وبه يفتى واذا قال انا كفيل بنفس فلان من اليوم الى عشرة ايام صار كفيلا فى الحال واذا مضت العشرة خرج عنها * ولو قال انا كفيل بنفسه الى عشرة فاذا مضت العشرة فانا برئ قال ابن الفضل لا مطالبة عليه بها الا فيها ولا بعدها * وقال ابو الليث الفتوى على انه لا يصير كفيلا * وهذا حيلة لمن يلتمس منه الكفالة ولا يريد ان يصير كفيلا * وفى الواقعات الفتوى على انه يصير كفيلا كما فى البحر (فان غاب المكفول به وعلم مكانه امهله الحاكم مدة ذهابه وايابه) وهو مقيد بما اذا اراد الكفيل السفر اليه * فان ابى حبسه للحال من غير امهال كما فى البزازية (فان مضت) المدة (ولم يحضره) مع امكان الاحضار (حبسه) الحاكم لما ذكرناه وان غاب المكفول به (ولم يعلم مكانه لا يطالب به) لانه عاجز فعلى هذا اذا التجأ الى باب الجائر ينبغى ان لا يطالب به لتحقق العجز كما فى الزاهدى * وفى البحر ولا بد من ثبوت انه غائب لم يعلم مكانه اما بتصديق الطالب او بينة * فان اختلفا ولا بينة فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرفه فان كان له خرجة معلومة للتجارة فى كل وقت فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع والا فالقول للكفيل لتمسكه بالاصل وهو الجهل * ولو علم ان المكفول به ارتد ولحق بدار الحرب يؤجل الكفيل مدة ذهابه وايابه * ولا تبطل باللحاق بدار الحرب * وقيده فى الذخيرة بما اذا كان الكفيل قادرا على رده بان كان بيننا وبينهم مواعدة انهم يردون الينا المرتد والا لا يؤاخذ به اه * ثم كل موضع قلنا انه يؤمر بالذهاب اليه للطالب ان يستوثق بكفيل من الكفيل حتى لا يغيب الآخر (وتبطل) الكفالة بالنفس (بموت الكفيل) لحصول العجز الكلى

عن التسليم بعد موته ووارثه لا يقوم مقامه لان الخلفية فيما له لا فيما عليه بخلاف الكفالة بالمال كما فى الهداية وغيرها * لكن فى السراج نقلا عن الكرخى لا تبطل بموت الكفيل ويطالب ورثته باحضاره (و) تبطل بموت (المكفول به) لامتناع التسليم (ولو) كان المكفول به (عبدا) انما قال هذا التوهم ان العبد مال مطالب به وكفل نفسه رجل اما اذا كان المدعى به نفس العبد لا يبرأ او ضمن قيمته (دون موت المكفول له بل يطالب وارثه او وصيه الكفيل) اى اذا مات المكفول له لم تبطل * ويسلمه الكفيل الى ورثته * فان سلمه الى بعضهم برئ منهم خاصة وللباقين مطالبته باحضاره * فان كانوا اصغارا فلوصيهم مطالبته فان سلمه احد الوصيين برئ فى حقه وللآخر مطالبته * وفى منظومة ابن وهبان انها تبطل بموت الطالب والمعروف فى المذهب خلافه كما فى البحر (ويبرأ) الكفيل بالنفس (اذا سلمه) اى سلم المكفول به الى المكفول له (حيث تمكن مخاصمته) كما اذا سلمه فى مصر سواء قبله الطالب اولا (وان) وصلية (لم يقل اذا دفعته اليك فانا برئ) لان موجب الدفع اليه البراءة فتثبت وان لم ينص عليها كالمديون اذا سلم الدين * واطلاقه شامل ما اذا قال سلمته اليك بجهة الكفالة اولا ان طلبه منه * واما اذا لم يطلبه منه فلا بد ان يقول ذلك (و) يبرأ (بتسليم وكيل الكفيل او رسوله) لقيامهما مقامه (وبتسليم المكفول به نفسه من كفالته) هذا قيد فى الجميع يعنى لا يبرأ الكفيل حتى يقول المكفول سلمت نفسى اليك من الكفالة * والوكيل والرسول كالمكفول لا بد من التسليم عنها والا لا يبرأ كما فى المنح * فعلى هذا ظهر ضعف ما ٣ قيل من انه متعلق بتسليم المكفول به نفسه تدبر * هذا اذا كان بغير طلب اما اذا كان بعد طلبه فلا يشترط ان يقول سلمته بحكم الكفالة كما مر آنفا فينبغى لصاحب المنح التفصيل تأمل * قيد بالوكيل والرسول لانه لو سلمه اجنبى بغير امر الكفيل وقال سلمت اليك عن الكفيل فان قبله الطالب برئ الكفيل وان سكت لا (فان شرط تسليمه فى مجلس ٣القاضى فسلمه فى السوق) اى فى سوق المصر (قالوا يبرأ) لحصول الحق بنصرة اعوان الحاكم (والمختار فى زماننا انه لا يبرأ) سواء كان فى سوق ذلك المصر او فى سوق مصر آخر وهو قول زفر وبه يفتى فى زماننا لتهاون الناس فى اقامة الحق ولمعاونة الفسقة على الخلاص منه والفرار * فالتقييد بمجلس القاضى مفيد * وهذه احدى المسائل التى يفتى بقول زفر (وان سلمه فى مصر آخر لا يبرأ عندهما) لانه قد يكون شهوده فيما عينه او يعرف ذلك القاضى حادثته فلا يبرأ بالتسليم فى مصر آخر (ويبرأ عند الامام) ان كان فيه سلطان او قاض وكانت غير مقيدة بمصر لامكان احضاره الى مجلس القاضى * وفى البحر نقلا عن القنية كفل بنفسه فى البلد وسلمه فى الرساتيق صح ان كان فيها حاكم * وقال العلاء التاجرى والبدر الظاهر لا يصح ٤ قال وجوابهما احسن لان اغلب قضاة رساتيق خوارزم ظلمة فلا يقدر على محاكمته على وجه العدل اه * هذا فى زمانهم اما فى زماننا فاكثر قضاة المصر مثل قضاة رساتيق خوارزم اصلحهم الله بلطفه وكرمه (وان سلمه فى برية او فى السواد) اى فى القرية التى ليس لها حاكم (لا يبرأ) لعدم حصول الحق وهو القدرة على المحاكمة (وكذا) لا يبرأ (ان

٢ قائله صاحب الفرائد منه

٣ المراد بالقاضى هنا الاعم اذ لا يلزم احضار المدعى عليه عند القاضى الذى اخذت الكفالة بين يديه فاللام فى القاضى للجنس حتى عزل ذلك وولى غيره فدفعه الى الثانى جاز منه

٤ القائل صاحب القنية م

سلمه فى السجن وقد حبسه غير الطالب) قيل هذا اذا كان فى سجن حاكم آخر لعدم الامكان على المخاصمة * واما اذا كان فى سجن قاض وقع مخاصمته بين يديه فيبرأ من الكفالة سواء كان مسجونا له اولغيره لان الحاكم قادر على الاحضار للخصومة ثم يعيد الى السجن (فان كفل) رجل (بنفسه) اى المديون بمال كذا (على انه) اى الكفيل (ان لم يواف) اى ان لم يأت الكفيل المكفول له (به) اى المكفول عنه * يقال وافاه اى اتاه من الوفاء * عدى المص الى المفعول الثانى بالباء على ماهو القياس عند البعض (غدا فهو ضامن لما عليه فلم يواف به غدا) مع قدرته عليه (لزمه) اى الكفيل بالنفس ماعليه من المال عندنا لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة اذ الكفالة تشبه النذر ابتداء باعتبار الالتزام اذ لا يقابله شئ وتشبه البيع انتهاء باعتبار الرجوع فيكون مبادلة المال بالمال * فان علق الكفالة بغير ملائم مثل هبوب الريح لم تصح كالبيع وان بملائم متعارف مثل عدم الموافاة فى وقت تصح كالنذر مع ان هذا التعليق ليس فى وجوب المال بل فى المطالبة * وقال الشافعى لا تصح لانه ايجاب المال بالشرط فلا يجوز (وان) وصلية (مات) المكفول به قبل الحضور الكفيل المال اذ ثبت بموته عدم الموافاة به * ولو مات الكفيل قبل الحضور يضمن وارثه المال ولو مات المكفول له يطالب وارثه (ولا يبرأ) الكفيل (من كفالة النفس) بوجود الكفالة بالمال فى هذه المسئلة لانها كانت ثابتة قبلها ولا تنافى كما لو كفلهما * وانما قلنا مع قدرته عليه لانه اذا عجز لا يلزمه الا اذا عجز بموت المطالب فى الكافى وغيره فان مات المكفول عنه قبل مضى الغد ثم مضى الغد ضمن الكفيل المال لان شرط لزوم المال عدم الموافاة وقد وجداه فعلى هذا تقييد صاحب الفتح قوله بعد الغد مخالف لما فى الكافى وغيره تتبع * وفى التنوير ولو اختلفا فى الموافاة فالقول للطالب والمال لازم على الكفيل (ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها) اى بين صفته على وجه تصح الدعوى بانها سلطانية او افرنجية (اولم يبينها فكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به) اى المكفول به (غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا لزمه المائة) عند الشيخين لتحقق الشرط لان الكفيل لما عرف المال باللام حيث قال فعليه المائة يحمل على الاصل وهو العهد فينصرف الى المال الذى على المدعى عليه فيخرج عن احتمال مال الرشوة لان المدعى لم يعين المال المدعى فى غير مجلس القضاء تحرزا عن حيلة خصمه * فان بين قبل الكفالة فحكمه ظ وان بين بعدها يلتحق البيان الى المجمل فصار كما كان المال مبينا عند الدعوى قبل الكفالة فح تبين صحة الكفالة الاولى ويترتب عليها الاخرى ويكون القول قوله فى البيان اذا اختلفا فيه لانه يدعى صحة الكفالة (خلافا لمحمد) قيل عدم الجواز عنده بناء على انه اطلق المال ولم يقل المال الذى على المدعى عليه فعلى هذا لا فرق بين بيان المدعى المال و عدم بيانه * وقيل بناء على انه لما لم يبين المدعى لم تصح الدعوى فلم يستوجب احضاره المدعى عليه الى مجلس القاضى فلم تصح الكفالة بالنفس فلا تجوز الكفالة بالمال لابتنائها عليها فعلى هذا ان بين تكون الكفالة صحيحة * ونقل فى الفتح عن قول ابى يوسف اختلاف * فليطالع ولا يجبر على اعطاء كفيل بالنفس فى حد وقصاص يعنى لو طلب مدعى القصاص او حد القذف من

القاضي ان يأخذ كفيلا بنفس المدعى عليه حتى يحضر البينة فالقاضي لا يجبره على اعطاء الكفيل كسائر الحدود عند الامام مطلقا لقوله عليه السلام لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الحدود كلها على الدرء بالشبهة فلا يجبر على استيثاقها بالكفالة (فان سمحت به نفسه) اى لو تبرع المدعى عليه باعطاء كفيل بلا طلب في حد القذف والقصاص (صح) بالاجماع لان تسليم النفس واجب عليه للطالب فيجوز اعطاء الكفيل بتسليم نفسه له (وقالا يجبر في القصاص) لان الغالب فيه حق العبد (وحد القذف) لان فيه حق العبد* وان لم يقدر على الاعطاء يأمره بالملازمة معه لا الحبس* وهو المراد بالجبر هنا عندهما* والحق البعض حد السرقة بهما بخلاف سائر الحدود لانها خالصة لله ومندرآت بالشبهات فلا حاجة الى الجبر على اعطاء الكفيل للاستيثاق في حقه تعالى بالاتفاق* ويجبر في دعوى القتل بالخطأ على الاعطاء والجروح به لان موجبها المال* وكذا يجبر في التعزير (فان شهد عليه) اى على المدعى عليه (مستوران) اى غير معلوم فسادهما (في حد او قود حبس* وكذا) يحبس (ان شهد عدل واحد) يعرفه القاضي بالعدالة لان الحبس هنا للتهمة والتهمة تثبت باحدى شطري الشهادة وهو العدد في المستور او العدالة في الواحد بخلاف الحبس في الاموال لانه غاية عقوبة فيها فلا يثبت الا بحجة كاملة واذا لم يقدر المدعى على اقامة البينة بما ادعاه ولا على اثبات التهمة حتى قام القاضي عن مجلس القضاء خلى سبيله (خلافا لهما في رواية) اى في هذه المسئلة عنهما روايتان في رواية يحبس ولا يكفل كما بيناه وفي رواية يكفل ولا يحبس لعدم ثبوت القذف او القود بالحجة التامة (و صح الرهن والكفالة بالخراج) اذ الامام وظفه الى وقت معين على ما يراه بدلا عن منفعة حفظ المال فيصير دينا في الذمة ويجوز فيه الكفالة بالنفس بناء على صحة الكفالة بالخراج هو المال بخلاف الزكاة لانها ليست من الديون المطلقة لسقوطها بالموت* ثم شرع في الكفالة بالمال فقال (والكفالة بالمال صحيحة ولو) كان المال (مجهولا اذا كان) ذلك المال (دينا صحيحا) و صحتها بالاجماع* وصحت مع جهالة المال لبنائها على التوسع فانها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المال بعد ان كان دينا صحيحا* والدين الصحيح دين لا يسقط الا بالاداء او الابراء وهو احتراز من بدل الكتابة وسيأتي* وفي اصلاح والمراد من الابراء ما يعم الحكمي وهو ان يفعل فعلا يلزمه سقوط الدين فلا يرد النقض بدين المهر لان سقوطها بمطاوعتها لابن زوجها من قبيل الابراء بالمعنى المذكورة وفي المنح ومما يشكل على هذا الاصل الكفالة بالنفقة المفروضة غير المستدانة فانها صحيحة مع ان دين النفقة ليس بصحيح لانها تسقط بموت احدهما وبالطلاق* ولم ار من اجاب عن هذا والظاهر انه اخذ فيه بالاستحسان للحاجة اليه لا بالقياس* وقيد بجهالة المال للاحتراز عن جهالة الاصيل والمكفول له لانها مانعة وتمامه في البحر* فليطالع (تكفلت) متعلق بقوله صحيحة (عنه) اى عن فلان (بالف) درهم* هذا نظير ما كان معلوما (او بما لك عليه) اى بالذي ثبت لك عليه اى فلان* هذا نظير ما كان مجهولا (او) تكفلت (بما يدركك) اى يلحقك (في هذا البيع) من ضمان ٥ الدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع او ضمان

٥ والدرك لغة بفتحتين وسكون الراء من ادركت الشيء ومنه ضمان الدرك* واصطلاح الرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع* وفي البزازية وان استحق المبيع وله كفيل بالدرك لا يرجع على الكفيل ما لم يجب على البائع فبعده هو بالخيار* ولا يرجع على الكفيل بقيمة البناء والغرس منه

المبيع ان لحقه آفة* فالمكفول به مجهول لاحتمال استحقاق الكل او البعض فيضمن الكفيل الكل او البعض* والسراج فاذا استحق المبيع كان للمشترى ان يخاصم البائع اولا فاذا ثبت عليه استحقاق المبيع كان له ان يأخذ الثمن من ايهما شاء* وليس له ان يخاصم الكفيل اولا فى ظاهر الرواية* وعن ابى يوسف ان له ذلك* واجمعوا ان المبيع لو ظهر حرا كان له* ان يخاصم ايهما شاء (وكذا) تصح (لو علقها) اى الكفالة (بشرط ملائم) اى بشرط موافق وهو ان يكون الشرط سببا او جوبه* وعبر عنه بالشرط مجازا (كشرط وجوب الحق نحو ما بايعت فلانا) اى ان بعت شيئا من فلان فانى ضامن للثمن لا ما اشتريته فانى ضامن للمبيع لان الكفالة بالمبيع لا تجوز* فاشرطية كما بعده* وهذا من امثلة الكفالة بالمجهول* وفى المبسوط ولو قال اذا بعته شيئا فهو على فباعه متاعا بالف درهم ثم باعه بعد ذلك بالف درهم لزم الكفيل الاول دون الثانى لان حرف اذا لا يقتضى التكرار بخلاف كلما ومثل اذا متى وان* ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان قبل ان يبايعه ونهاه عن مبايعته ثم بايعه بعد ذلك لم يلزمه شئ وانما قال ما بايعت لانه لو قال بايع فلانا على ان ما اصابك من خسران فعلى لم يصح (او ما غصبك) اى ان غصب منك فلان فعلى* هذا من امثلة المجهول ايضا* وفى البحر لو قال ان غصب فلان ضيعتك فانا ضامن لم يجز عند الشيخين وعند محمد يجوز بناء على ان غصب العقار لا يتحقق عندهما خلافا له (او ماذاب) اى ثبت اووجب من الذوب (لك عليه) اى على فلان شئ فعلى (اوان استحق المبيع فعلى) جواب الجميع اى ان استحق المبيع مستحق المبيع مستحق فعلى الثمن كان استحقاق المبيع شرط وجوب الحق فى ذمته وجاز التعليق به لملائمة الشرط (وكشرط امكان الاستيفاء نحو ان قدم زيد) فعلى ما عليه (وهو) اى زيد (المكفول عنه) فان قدومه سبب موصل للاستيفاء منه* قد يكون زيد مكفولا عنه لانه اذا كان اجنبيا كان التعليق به كما فى هبوب الريح وتمامه فى البحر* فليطالع (وكشرط تعذر الاستيفاء نحو ان غاب) زيد المكفول عنه (عن البلد) فعلى ما عليه لان غيبته سبب لتعذر الاستيفاء* فهذه جملة الشروط التى يجوز تعليق الكفالة بها ثم الاصل فيه ان الجهالة فى المال المكفول به لا تمنع صحة الكفالة كقوله ما غصبك فلان فعلى وجهالة المكفول له او المكفول عنه تمنع حتى لو قال من غصبك من الناس او بايعك اوقتلك فانا كفيل لك عنه او من غصبته انت اوقتلته فانا كفيل له عنك لا يجوز الا اذا كانت الجهالة فى المكفول عنه يسيرة مثل ان يقول كفلت لك بمالك على احد هذين فح يجوز فالتعيين الى صاحب الحق كما فى التبيين (وان علقها) اى الكفالة (بمجرد الشرط) اى بالشرط المجرد عن الملائمة (كهبوب الريح ومجئ المطر) بان قال ان هبت الريح اوجاء المطر فما على فلان على (بطل) الشرط (وكذا ان جعل احدهما اجلا) كما اذا قال كفلت بكذا الى هبوب الريح او مجئ المطر بطل التأجيل (فتصح الكفالة ويجب المال) على الكفيل (حالا) وفى الهداية ٦ ولا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر* وكذا اذا جعل واحدا منهما اجلا الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل

٦ ويمكن ان يقال وكذا لا يصح التعليق على ان يكون المراد به التأجيل على طريقة الاستخدام منه

(بالشروط)

بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق وفي التبين وهذا سهو فان الحكم فيه ان التعليق لا يصح ولا يلزمه المال لان الشرط غير ملائم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم ذكره قاضيخان وغيره واجاب بعض الفضلاء عنه لكن لا يخلو عن التعسف بل اذا تأملت حق التأمل ظهر لك ان السؤال باق على حاله ولا يندفع اللهم الا ان يقال يمكن الجواب بان قوله الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا قيد لقوله وكذا اذا جعل واحدا منهما اجلا فقط فحاصله لا يصح التعليق بمجرد الشرط ولا تصح الكفالة ايضا وكذا لا يصح التأجيل اذا جعل واحدا منهما اجلا فانه تصح الكفالة ويجب المال حالا * لا يقال انه منقوض بقوله لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لانه اراد بالتعليق بالشرط التأجيل مجازا اي باجل متعارف فلا يلزم المحذور ويندفع الاشكال تدبر (وللطالب مطالبة اي شاء من كفيله واصيله) اي يثبت الخيار في المطالبة ان شاء طالب الاصيل وان شاء طالب الكفيل وان شاء طالبهما معا لانه موجب الكفالة اذ هي تنبئ عن الضم كامر * وذلك يقتضي قيام الذمة الاولى لا البراءة (الا اذا شرط براءة الاصيل فتكون حوالة كما ان الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة) لان العبرة في العقود للمعاني مجازا لا للالفاظ والمباني (ولو طالب) الطالب (احدهما) كان (له مطالبة الآخر) بخلاف المغصوب منه اذا اختار احد الغاصبين لان اختيار احدهما يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضي به ولا يمكنه التمليك من الآخر بعد * واما المطالبة بالكفالة ٧ لا تقتضيه مالم توجد منه حقيقة الاستيفاء (فان كفل بماله عليه فبرهن) الطالب (على الف لزمه) اي لزم الالف الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولا يكون قول الطالب حجة عليه كما لا يكون حجة على الاصيل لانه مدع (وان لم يبرهن) الطالب (صدق الكفيل فيما اقربه مع يمينه) اي فالقول للكفيل فيما يقربه مع يمينه على نفي العلم لا على البتات كما في الايضاح (و) صدق (الاصل في اقراره باكثر) مما اقربه الكفيل (على نفسه خاصة) لا على الكفيل لانه اقرار على الغير وقيد بماله عليه لانه لو كفل بما ذاب اي حصل لك على فلان او بما ثبت فاقر المطلوب بمال لزم الكفيل اما لو ابى الاصيل اليمين فالزمه القاضي فلم يلزم الكفيل لان النكول ليس باقرار كما في البحر (فان كفل بلا امره اي المكفول عنه) لا يرجع الكفيل (عليه) اي على المكفول عنه (بما ادى عنه) لانه متبرع بادائه بغير رجوع خلافا لمالك (وان) وصلية (اجازها) اي الكفالة (المكفول عنه) بعد العلم لان الكفالة لزمته ونفذت عليه بغير امر غير موجبة للرجوع فلا تنقلب موجبة له * هذا اذا اجاز بعد المجلس اما اذا اجاز في المجلس فانها تصير موجبة للرجوع كما في العمادية (وان كفل بامره رجع) عليه بما ادى عنه لانه قضى دينه بامره ومعناه اذا ادى ما ضمن اما اذا ادى خلافه بان كان الدين المكفول به جيدا فادى رديا او بالعكس فان رجوعه بما ضمن لا بما ادى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب بخلاف المأمور بقضاء الدين فانه يرجع بما ادى وتمامه في المنح فليراجع ومعنى الامر ان يشتمل كلامه على لفظة عني كان يقول اكفل عني او اضمن عني لفلان فلو قال اضمن الالف التي لفلان علي لم يرجع عليه عند الاداء لجواز ان يكون القصد

٧ لا تضمن التمليك مالم توجد الخ نسخة مصححة م

ليرجع او لطلب التبرع فلا يلزم المال كما في البحر والمتبادر من الامر امر من يصح امره شرعا فلا رجوع على الصبي والعبد المحجورين اذا ادى كفيلهما بالامر لعدم صحته منهما ولكن يرجع على العبد بعد عتقه فلا رجوع على الصبي مطلقة (ولا يطالبه) اى لا يطالب كفيل اصيلا بمال (قبل الاداء) الى المكفول له لان الموجب للمطالبة هو التملك ولا يملك قبل الاداء ويملكه بعده فيرجع (فان لازم) الكفيل من جهة الطالب (فله) اى للكفيل (ملازمته) اى ملازمة المكفول عنه حتى يخلصه * وهو مقيد بما اذا كانت الكفالة بامره (وان حبس) الكفيل (فله حبسه) اى للكفيل ان يحبس المكفول عنه لان ما لحقه كان لاجله فله ان يعامله بمثله هذا اذا لم يكن على الكفيل للمط دين مثله والا فلا يلزمه ولا يحبسه كما فى السراج (ويبرأ الكفيل باداء الاصيل) لان براءة الاصيل توجب براءته لانه ليس عليه دين فى الصحيح وانما عليه المطالبة فيستحيل بقاؤها بلا دين كما ذكره الزيلعى تبعا للهداية وظاهره ان القائل بان الكفيل عليه دين لا يبرأ باداء الاصيل وليس كذلك بل يبرأ اجماعا لان تعدد الدين عند القائل به حكمى فيسقط باداء واحد كما فى البحر (وان ابرا الطالب الاصيل) وهو المط (او اخر) الطالب عنه اى الاصيل بان اجل دينه (برئ الكفيل) فى الصورة الاولى (وتأخر) الدين (عنه) اى عن الكفيل يعنى يتأخر فى حقه ايضا لانه ليس عليه الا المطالبة وهى تبع للدين فسقط بسقوطه وتتأخر بتأخيره بخلاف ما اذا تكفل بشرط براءة الاصيل ابتداء حيث يبرأ الاصيل دون الكفيل * وفى السراج ويشترط قبول الاصيل الابراء فان ردها ارتدت وهل يعود الدين على الكفيل فيه قولان * وموت الاصيل كقبوله وفى القنية براءة الاصيل انما توجب براءة الكفيل اذا كانت بالاداء او بالابراء فان كانت بالحلف فلا (وان ابرأ) الطالب (الكفيل او اخر) الدين (عنه) اى عن الكفيل (لا يبرأ الاصيل ولا يتأخر عنه) اى عن الاصيل اذ الاصل فيه ان الاصول لا تتبع الفروع فى الوصف ولا يلزم عكس الموضوع (فان كفل بالدين الحال مؤجلا الى وقت) اى الى شهر مثلا (يتأجل عن الاصيل ايضا) لانه لا مطالبة على الكفيل حال وجود الكفالة فانصرف الاجل الى الدين كما فى التبيين (ولو صالح الكفيل) الطالب (عن الف على مائة برئا) اى الاصيل والكفيل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين على الاصيل فيبرأ عن تسعمائة فبرءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا من المائة باداء الكفيل (ورجع) الكفيل (بها) اى بالمائة (فقط) على الاصيل (ان كفل بامره) اذ بالاداء يملك ما فى ذمة الاصيل فاستوجب الرجوع بخلاف الابراء لان بالابراء يسقط الدين فلا يملكه كفيل فلا يرجع (وان صالح) الكفيل الطالب (عن الالف بجنس آخر) كالثوب وغيره (رجع) الكفل على الاصيل (بالالف) كله لان هذا الصلح يكون مبادلة فيصير الالف بمقابلة الثوب فيملك ما فى ذمة الاصيل فيرجع بكله عليه * وتوضيحه ان الالف فى الاصل فى ذمة الاصيل ثم انتقل عنه وثبت فى ذمة الكفيل حين اخذ الطالب منه فيصح تمليك الطالب الدين الالف من الكفيل لكونه تمليك الدين * ممن عليه الدين * وكذا يصح التمليك من الكفيل

بالهبة اذا اذن له بالقبض فصار كأنه اخرجه عن الكفالة ووكله بالقبض فقبضه ثم وهبه فيصير تمليك الدين ممن عليه الدين مع الكفيل مسلطا على الدين فى الجملة (و٨ ان صالح) الكفيل (من موجب الكفالة) وهو المطالبة على شئ بشرط ابراء الكفيل خاصة (برئ هو) اى الكفيل فقط (دون الاصيل) لان ابراء الكفيل عن الكفالة يصير فسخا لكفالته لا اسقاطا لاصل الدين (وان قال الطالب للكفيل بامره برئت الى من المال رجع) الكفيل (على اصيله) لان البراءة التى ابتداؤها من المط وانتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بالايفاء فيرجع فصار كاقراره بالقبض منه او الدفع اليه واستفيد منه براءة المط للطالب لاقراره كالكفيل كما فى المح (وكذا) رجع الكفيل على اصيله (فى) قول الطالب للكفيل (برئت) دون الى (عند ابى يوسف) لانه اقر براءة ابتداؤها من المط واليه الايفاء دون الابراء (خلافا لمحمد) لان البراءة تكون بالاداء والابراء فيثبت الادنى وهو الابراء ولا يرجع الكفيل بالشك (وفى) قول الطالب للكفيل (ابرأتك لا يرجع) الكفيل الى الاصيل لانه ابراء لا ينتهى الى غيره وذلك بالاسقاط فلا يكون اقرارا بالايفاء قيل جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب غائبا (وان كان الطالب حاضرا يرجع اليه فى البيان فى الكل) لانه هو المجمل حتى فى برئت الى لاحتمال لانى ابرأتك مجازا وان كان بعيدا فى الاستعمال كما فى النهاية * قيد بقوله برئت لانه لو كتب فى الصك برئ الكفيل من الدراهم التى كفل بها كان اقرارا بالقبض عندهم جميعا كقوله برئت الى بقضية العرف فان العرف بين الناس ان الصك يكتب على الطالب بالبراءة اذا حصلت بالايفاء وان حصلت بالابراء لا يثبت الصك عليه فجعلت الكتابة اقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند الابراء كما فى الفتح (ولا يصح تعليق البراءة من الكفالة) بالمال (بالشرط) مثل اذا جاء غد فانت برئ من الكفالة بالمال فجاء غد لا يبرأ عنها اذ شرطه بطل وكفالته جائزة (كسائر البراآت) لان فى الابراء معنى التمليك والتمليكات لا تقبل التعليق بالشرط لكونه قمارا * هذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل وعلى قول غيره ان تملك المطالبة كتمليك الدين لانها وسيلة اليه * وكذا لا يجوز تعليق براءة الاصيل لان معنى التمليك فيه ظاهر اذ المال واجب عليه بخلاف تعليق البراءة من الكفالة بالنفس اذ ليس فيه معنى التمليك لانه مجرد اسقاط وروى انه يصح لانه عليه المطالبة دون الدين فى الصحيح وكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد ابراء الكفيل بالرد بخلاف الاصيل كما فى الهداية * ومن هذا قال (والمختار الصحة) اى صحة تعليق البراءة عن الكفالة قيل المراد بالشرط الشرط المحض الذى لا منفعة للطالب فيه اصلا كدخول الدار ومجئ الغد لانه غير متعارف * اما اذا كان متعارفا فانه يجوز كما فى تعليق الكفالة لما فى الايضاح لو كفل بالمال والنفس وقال ان وافيتك غدا فانا برئ من المال فوافاه غدا يبرأ من المال فقد جوزوا تعليق البراءة من الكفالة بالمال * وكذا اذا علق البراءة باستيفاء البعض يجوز وعلق البراءة عن البعض بتعجيل البعض يجوز كما فى مبسوط شيخ الاسلام * فعلم ان فيه اختلاف الروايتين فرواية عدم الجواز محمول على ما اذا كان الشرط غير متعارف ورواية الجواز محمول على ما اذا كان متعارفا كما فى

٨ صورته ما فى المبسوط لو صالحه على مائة درهم على ان ابراء الكفيل خاصة من الباقى رجع الكفيل على الاصيل بمائة ورجع الطالب على الاصيل بتسعمائة منه

٩ قائله (يعنى قائل الاستدراك) القهستانى منه

البحر (ولا تجوز الكفالة بما تعذر استيفاؤه) اى لا يمكن استيفاؤه شرعا (من الكفيل كالحدود
والقصاص) مطلقا بالاجماع لعدم امكان ايجابهما على من تكفل لعدم جريان النيابة فى العقوبة
بخلاف الكفالة بنفس من عليه الحد والقصاص كامر* فعلى هذا لا يلزم الاستدراك بما مر كما
٩قيل (ولا) تجوز الكفالة (بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع) فى البيع الصحيح بعينه قبل
القبض (والمرهون) بعد القبض (ولا) تجوز الكفالة (بالامانات كالوديعة والمستعار
والمستأجر) بفتح الجيم (ومال المضاربة والشركة) لان من شرط صحة الكفالة ان يكون
المكفول به مضمونا على الاصيل بحيث لا يمكنه ان يخرج عنه الا بدفعه او دفع بدله ليتحقق معنى
الضم فيجب على الكفيل تسليم العين مادام قائما وتسليم قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره
المبيع قبل القبض ليس بمضمون بنفسه وانما هو مضمون بالثمن الا يرى انه لو هلك لا يجب عليه
شئ بل ينفسخ البيع وكذلك الرهن مضمون عليه بنفسه وانما يسقط دينه اذا هلك فلا يمكن
ايجاب الضمان على الكفيل وهو ليس بواجب على الاصيل* وكذا الامانات ليست بمضمونة
على الاصيل لا عينها ولا تسليمها فلا يمكن جعلها مضمونة على الكفيل فلا تصح الكفالة بها (ولا)
تجوز الكفالة (بدين غير صحيح كبدل الكتابة) لانه فى معرض الزوال فلا يكون دينا صحيحا
(حر كفل به) اى بالدين (او عبد) وانما قال هذا لدفع توهم ان كفالة العبد به ينبغى ان تصح
لانه يجوز ثبوت هذا الدين عليه لان العبد محل الكتابة فخصه (كذا بدل السعاية عند الامام)
لان المستسعى كالمكاتب عنده فلا تصح الكفالة ببدلها وعندهما تصح لان المستسعى حر مديون
عندهما (ولا) تجوز الكفالة (بالحمل على دابة معينة) مستأجرة للحمل (او بخدمة عبد
معين) مستأجر للخدمة لعجز الكفيل عن تسليم الحمل على دابة معينة لانها ملك الغير ولو حمل
دابة اخرى لا يستحق الاجر اذ لو حمل الموجر على الدابة الغير المعينة لا يستحق الاجر فثبت
العجز فى هذه الصورة بالضرورة* وكذا العبد للخدمه (بخلاف غير المعين) لعدم العجز من
تسليم الحمل اذ يمكنه الحمل على اى دابة كانت لان المستحق هو الحمل لا الغير والغرض هو
الاجر (ولا) تجوز الكفالة (عن ميت مفلس) يعنى اذا مات من عليه دين ولم يترك شيئا فكفل
عنه للغرماء رجل لم تصح عند الامام لانه كفل بدين ساقط فى حق احكام الدنيا بالضرورة
اذ لم يترك مالا ولا كفيلا به والكفالة بالساقط لا تجوز* وجواز التبرع محمول على ان الدين باق فى
حق الدائن (خلافا لهما) فان عندهما تجوز الكفالة لان الدين لما كان ثابتا فى حياته لا يسقط
الا بالاداء او بالابراء ولم يوجد شئ منهما فبقى عليه* وكذا يطالب به فى الاخرة حتى من تبرع
بقضائه يجوز لما روى انه عليه السلام اتى بجنازة رجل من الانصار فسأل هل عليه دين قالوا نعم
درهمان او دينار فامتنع من الصلاة فقال صلوا على اخيكم فقام ابو قتادة فقال هما على يا رسول
الله فصلى عليه (ولا) تجوز الكفالة (بلا قبول الطالب فى المجلس) اى فى مجلس عقد الكفالة
سواء كفل بالنفس او بالمال عند الطرفين (وقال ابو يوسف يجوز مع غيبته) اى غيبة الطالب (اذا
بلغه) خبر الكفالة (فاجاز) كسائر تصرفات الفضولى وفى بعض نسخ المبسوط يشترط

٩ وكل بتخفيف الكاف مجهولا يعنى ترك امره الى نفسه ولم يهتد الى الصواب منه

الاجازة وهو الاظهر عنه لانه تصرف التزام فيستبد به الملتزم ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف عليه وما وراء المجلس الا ان يقبل عن الطالب فضولي فانه تصح وتتوقف على اجازته وللكفيل ان يخرج نفسه عنها قبل اجازته كما في الحقايق وغيره * وبه علم ان قبول الطالب بخصوصه انما هو شرط النفاذ واما اصل القبول في مجلس الايجاب فشرط الصحة * فعلى هذا ان المص لو ترك قوله الطالب لكان اولى كما في الاصلاح * وفي الدرر » الفتوى على القول الثاني كما في تلخيص الجامع الكبير والبزازية لكن في انفع الوسائل الفتوى على قولهما وفي » تصحيح الشيخ قاسم » والمختار قولهما عند المحبوبي و النسفي وغيرهما ولهذا قدمه المص تدبر * قيد بالانشاء لانه لو اخبر عن الكفالة حال غيبة الطالب تجوز اجماعا (فان قال المريض لوارثه تكفل عني بما علي فكفل) الوارث (مع غيبة الغرماء جاز اتفاقا) وان كان القياس ان لا تجوز لان الطالب غائب ولا يتم الضمان الا بقوله * وجه الاستحسان ان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم * ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه * وانما تصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة (ولو قاله) اى المريض هذا القول (لاجنبي اختلف فيه المشايخ) فمنهم من قال بالجواز تنزيلا للمريض منزلة الطالب ومنهم من قال بعدمه لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه بلا التزام وكان المريض والصحيح سواء والاول اوجه كما في الفتح * وتمامه في البحر * فليطالع (وتجوز) الكفالة (بالاعيان المضمونة بنفسها) عندنا خلافا للشافعي في قول في الاعيان * لكن المناسب للمص ان يذكره عقيب قوله ولا تجوز بالاعيان المضمونة بغيرها (كالمقبوض على سوم الشراء) اى على طلبه بعد تسمية الثمن لانه مضمون عليه حتى اذا هلك عنده يجب الضمان عليه اذ القيمة تقوم مقامه فامكن ايجابه على الكفيل (والمغصوب) لانه مضمون بعينه فان كان المضمون عينا قائما فيلزم الضامن احضارها وتسليمها وقيمتها ان هلكت و ان كان المضمون مستهلكا فالمضمون قيمته (والمبيع) بيعا (فاسدا) لان المقبوض في البيع الفاسد مضمون عليه حتى اذا هلك يجب على قيمته (و) تجوز الكفالة (بتسليم المبيع الى المشتري و المرهون الى الراهن والمستأجر) بفتح الجيم (اى المستأجر) بكسر الجيم لان تسليم العين واجب على الاصيل فامكن التزامه فصار نظير الكفيل بالنفس لانه مادام قائما يجب عليه تسليمه وان هلك يبرأ وقيل ان كان تسليمه واجبا على الاصيل كالعارية جازت الكفالة بتسليمه وان كان غير واجب على الاصيل كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تجوز له الكفالة بتسليمه كما في التبيين (و) تجوز الكفالة (بالثمن) لانه دين صحيح مضمون على المشتري كسائر الديون

فصل

(ولو دفع الاصيل المال الى كفيله) ليدفعه الى الطالب (قبل دفع الكفيل الى) الطالب (لا يسترده) اى لا يسترد الاصيل المدفوع (منه) اى من الكفيل لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا تجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكاته ودفعها

الى الساعى وانما ينقطع هذا الاحتمال باداء الاصيل بنفسها فاذا ادى بنفسه يسترد من الكفيل ما اخذه ولانه ملكه بالقبض * واطلاقه شامل ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال خذ هذا المال واعط الطالب فلا يسترد لكنه لا يملكه بالقبض لتمحضه امانة في يده وان دفعه على وجه الاقتضاء بان قال له انى لا آمن ان يأخذ الطالب حقه منك فانا اقضيك المال قبل ان تؤديه لم يكن رسالة * والفرق بينهما انما هو عن جهة ملك المدفوع للقابض وعدمه * واما ما قاله الفاضل المعروف بابن الشيخ في شرح الوقاية من انه او دفع على وجه الرسالة فله ان يسترد لانه محض امانة في يده مخالف لاكثر المعتبرات كما لا يخفى * تدبر واشار الى ان بالكفالة صار للكفيل الاصيل دين او كفل بامره * ولهذا لو اخذ الكفيل منه رهنا قبل ان يؤدى عنه جاز * ولو ابرأه الكفيل او وهبه قبل الاداء عنه صح حتى لو ادى عنه لم يرجع فثبت ان له دينا عليه لكن لا رجوع له قبل الاداء كما في البحر (وما ربح فيه الكفيل فله) اى للكفيل يعنى ان الربح الذى حصل في هذا المال بمعاملة الكفيل حلال طيب له (ولا يتصدق به) لما ذكر انه حصل على ملكه ولا فرق بين ان يكون قضى الدين هو او قضاء الاصيل كما في البحر * وهو مقيد بما اذا قبضه على وجه الاقتضاء * واما اذا قبضه على وجه الرسالة فانه لا ملك له فلا يطيب له الربح على قولهما وعند ابى يوسف يطيب له (ورده) اى رد الربح (الى المطلوب احب ان كان المدفوع شيئا يتعين كالبر) يعنى اذا كانت الكفالة بكر بر فقبضه الكفيل من المكفول عنه وباعه وربح فيه فالربح للكفيل لكن يستحب له ان يرده على المكفول عنه ولا يجبر عليه عند الامام في رواية الجامع الصغير * وهذا اذا قضى الاصيل الدين (خلافا لهما) اى قالا هو له ولا يرده * وهو رواية عن الامام * وعنه انه يتصدق به * قيد بما يتعين لان ربح ما لا يتعين لا يستحب رده على المط * وهل يطيب للاصيل اذا رده الكفيل عليه العناية ان كان الاصل فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان والاشبه ان يطيب لانه انما رده عليه باعتبار انه حقه (ولو امر الاصيل كفيله ان يعين عليه) اى يشترى (ثوبا) بطريق العينة بكسر العين (ففعل) الكفيل (فالثوب للكفيل والربح) الذى حصل للبائع يكون (عليه) اى على الكفيل لا الآمر * بيانه ان الاصيل امر الكفيل بان يشترى له ثوبا اكثر من القيمة ليقضى به دينه بطريق العينة مثل ان يستقرض من تاجر عشرة فيأبى عنه ويبيع منه ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر مثلا نسيئة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة * سمى به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل * ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشترى نظرا الى قوله «على» وهو فاسد وليس بتوكيل * وقيل هو توكيل فاسد لان المبيع غير متعين وكذا الثمن غير معين لجهالة ما زاد على الدين وكيف ما كان فالمشترى للمشترى وهو الكفيل والربح اى الزيادة عليه لان العاقد كما في الهداية * وفى العناية ومن الناس من صور للعينة صورة اخرى وهو ان يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثا في الصورة التى ذكرها في ١١ الكتاب فيبيع صاحب الثوب الثوب باثنى عشر من المستقرض ثم ان المستقرض يبيعه

١١ والمراد من الكتاب الهداية م

من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعه الى المستقرض فيندفع حاجته * وانما توسطا بثالث احترازا من شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن * ومنهم من صور بغير ذلك وهو مذموم اخترعه اكلة الربوا وقد ذمهم رسول الله بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم فظهر عليكم عدوكم * وقيل واياكم والعينة فانها العينة انتهى * لكن هذا مخالف لما في الخانية حيث قال بعد تصويرها بقوله رجل له على رجل عشرة دراهم فاراد ان يجعلها ثلثة عشر الى اجل قالوا يشترى من المديون شيئا بتلك العشرة فيقبض ثم يبيع من المديون بثلثة عشر الى سنة فيقع التحرز عن الحرام * ومثل هذا مروى عن رسول الله ثم قال بعد تعداد الصور الآخر وهذه الحيل هى العينة التى ذكرها محمد * قال مشايخ بلخ بيع العينة فى زماننا خير من البيوع التى فى اسواقنا انتهى * لكن التحرز اولى (ومن كفل لآخر بما ذاب له على غريمه او بما قضى له به عليه فغاب الغريم فبرهن الطالب على الكفيل بان له على الغريم الفا لا يقبل) برهانه ١٢ على الكفيل حتى يحضر المكفول عنه فيقضى عليه لان المكفول به مال مقضى او مال يقضى به لا غير لان ذاب بمعنى وجب ولم يجب هنا الطالب على الغائب مال شرطا * ولذا لو اقر الكفيل لا يلزمه المال لان بالاقرار لا يثبت الوصف المذكور بل بالقضاء وهو منتف اذا لم يتعرض الطالب لقضاء القاضى بالمال فى دعواه ولا فى اقامة حتى لو تعرض وقال قدمت المط بعد الكفالة الى الفلان القاضى واقمت عليه بينة بالف وقضى لى عليه بذلك يقضى بالالف على الكفيل وعلى الغائب حتى لو اقر الكفيل لزمه الالف فى هذه الصورة (ولو برهن) الطالب (انه له على زيد) الغائب (الفا وهذا كفيله) اى بهذا المال (بامره قضى به عليهما) اى على الكفيل والاصيل * ففى المسئلة قيود معتبرة الاول ان الكفالة مقيدة بهذا المال * والثانى ان هذا المال المكفول به غير مقيد بانه قضى به على المكفول عنه بعد الكفالة بل هو مال مطلق وبهذا القدر تمتاز هذه المسئلة عن المسئلة السابقة اذ المكفول هنا مقيد بقضاء القاضى * والثالث ان هذه الكفالة مقيدة بانها بامر الاصيل اذ الامر يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه واما اذا لم يكن بامره فهى لا تتضمن الاقرار فالقضاء على الكفيل لا يتضمن القضاء على الاصيل * والى هذا اشار بقوله (ولو بلا امر قضى على الكفيل فقط) لا على الاصيل فليس للكفيل حق الرجوع على الاصيل بخلاف الكفالة بامره فان له حق الرجوع عليه بعد اداء المال * خلافا لزفر لانه لما انكر كان زعمه ان هذا الحق غير ثابت بل المدعى ظالم فلا يكون له ان يظلم غيره * قلنا الشرع كذبه فبطل زعمه * وفيه تنبيه على ان القضاء على الغائب جائز اذا كان الاثبات على الحاضر متضمنا له فكم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت اصالة اذ التعدى الى الغائب فى ضمن القضاء بالامر ضرورى * وفى الكفاية وقال مشايخنا وهذا طريق من اراد اثبات الدين على الغائب * ثم قال و كذا كل من ادعى على آخر حقا لا يثبت عليه الا بالقضاء على الغائب كان الحاضر خصما عن الغائب * (وضمان الدرك للمشترى عند البيع تسليم) اى تصديق من الكفيل بان المبيع ملك البائع (فيبطل) من الابطال (دعوى

١٢ وعلل صاحب المنح وغيره بان شرط وجوب المال على الكفيل القضاء بالمال على الاصيل ولم يوجد وهذا فى لفظ القضاء ظ * وكذا فى الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء والمضمون مال يقضى به وهذا ماض اريد به المستقبل كقوله اطال الله بقاءك * منه

الضامن) على المشترى (المبيع) مفعول دعوى (بعد ذلك) لان هذا الضمان ترغيب للمشترى
فى الابتياع والترغيب بمنزلة الاقرار بملك البائع فلا تصح دعوى الملكية لنفسه بعد ذلك
للتناقض حتى لا يسمع طلب الشفعة منه ولو فرض صحة دعواه لرجع المشترى عليه بحكم الكفالة
فلا يفيد (وكذا) يكون تسليما ولا تصح دعواه بعد هذا (لو كتب شهادته) على البيع (وختم)
اى وضع خاتمه على عادة السلف (على صك) متعلق بكتب وختم على سبيل التنازع (كتب
فيه) صفة صك (باع ملكه او) باع (بيعا باتا) نافذا اذا البيع على هذا الوجه لا يكون الا فى ملكه
فالدعوى لنفسه بعد الاقرار لغيره تناقض فلا تسمع * وانما قلنا على عادة السلف لانهم كانوا
يختمونه بعد كتابة اسمائهم على الصك خوفا من التغيير والتزوير * والحكم لا يختلف بين
ان يكون الصك مختوما او غير مختوم * وفى الفتح الختم امر كان فى زمانهم وليس هذا فى
زماننا * قيد بقوله باع ملكه او بيعا باتا لانه لو كتب شهادته فى صك ببيع مطلق عن قيد الملكية
وكونه نافذا لا يكون تسليما بل تسمع بعده دعوى الملكية اذ ليس فيه ما يدل على اقراره بالملك
للبائع لان البيع قد يصدر من غير المالك ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم
فانه مقيد بما ذكر كما فى المنح (بخلاف ما لو كتبها) اى شهادته (على اقرار العاقدين) فانه
لا يكون تسليما اذ لا يتعلق به حكم وانما هو مجرد اخبار ولو اخبر ان فلانا باع شيئا كان له ان
يدعيه (وضمان الوكيل بالبيع الثمن للموكل باطل) يعنى اذا باع رجل لرجل ثوبا بامره ثم ضمن
الثمن عن المشترى للآمر لا يصح (وكذا ضمان المضارب الثمن لرب المال) بط يعنى اذا باع
المضارب مال المضاربة ثم ضمن الثمن لرب المال لا يصح لان الكفالة التزام المطالبة وهى اليهما
فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه اذ حقوق العقد ترجع اليهما فلا يفيد ضمانهما بخلاف من
لا ترجع اليه الحقوق كالوكيل بالتزويج ان ضمن المهر والمأمور ببيع الغنائم من قبل الامام ان
ضمن الثمن والرسول بالبيع ان ضمن الثمن لان كل واحد منهم سفير ومعبر فيصح ضمانهم *
وكذا الوكيل بقبض الثمن اذا ضمن الثمن عن المشترى للموكل يصح (و) كذا (ضمان احد
الشريكين حصة شريكه من ثمن ما باعاه صفقة واحدة) بط يعنى لو باع رجلان ثوبا من رجل
صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن بطل الضمان لانه لو صح مع الشركة
يصير ضامنا لنفسه فلو صح فى نصيب صاحبه لادى الى قسمة الدين قبل قبضه وذا باطل
(وصح) ضمان احد الشريكين (او بصفقتين) لان الصفقة اذا تعددت فما يجب لكل منهما
بعقده يكون له خاصة الا يرى ان المشترى لو قبل نصيب احدهما ورد الآخر صح (وضمان
الدرك) صحيح لانه ضمان الثمن عند ورود الاستحقاق لانه المفهوم فيما بين الناس فكان المضمون
معلوما وهو قادر على الوفاء بما التزم فصح (و) ضمان (الخراج) صحيح لانه دين مطالب
من جهة العباد بخلاف الزكاة * وفى البحر اطلقه فشمل الخراج الموظف وخراج المقاسمة
وخصه بعضهم بالموظف وهو ما يجب فى الذمة ونفى صحة الضمان بخراج المقاسمة لانه لم يكن دينا
فى الذمة والرهن كالكفالة بجامع التوثق فيجوز فى كل موضع تجوز الكفالة فيه كما ذكره

الزيلعي وهو منقوض بالدرك فان الكفالة به جائزة دون الرهن اه * لكن التخصيص واجب بقرينة * قوله او رهن به فانه لايصح الرهن بخراج المقاسمة تأمل * ولوا كتفى فيما سبق بقوله وصح الرهن والكفالة بالخراج لكان اخصر تدبر (و) ضمان (القسمة صحيح) خبر لكل من ضمان الدرك والخراج والقسمة قيل هي النوائب بعينها او حصة منها * فعلى هذا النوائب الآتية مستدركة تدبر * وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة الديوانية في كل شهر او سنة * والمراد بالنوائب غير راتب بل يلحقه احيانا و يحتمل ان يقع و يحتمل ان لايقع * وقيل المراد بالقسمة اجرة القسام * وقال ابو جعفر معناها اذا طالب احد الشريكين القسمة من صاحبه فضمنها انسان صح لانها واجبة عليه وقيل معناها اذا اقتسما ثم منع احدهما قسم الآخر كما في شرح التسهيل (وكذا ضمان النوائب) وفي الصحاح النائبة المصيبة واحدة نوائب الدهر وفي اصطلاحهم قيل ارادوا بها مايكون بحق وقيل المراد بها ماليس بحق * وعن هذا قال (سواء كانت بحق ككرى النهر) المشترك (واجرة الحارس) والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسرى قال الكفالة بها جائزة بالاتفاق لانه كفل بما هو مضمون على الاصيل (او بغير حق كالجبايات) « التي في زماننا تأخذها الظلمة بغير حق ففي جوازها اختلاف المشايخ فقال بعضهم لاتجوز الكفالة منهم صدر الاسلام البزدوي لانها ضم ذمة الى ذمة في المالية او الدين وهنا لا مطالبة ولا دين شرعيان على الاصيل فلم يتحقق معناها * وقال بعضهم تجوز منهم فخر الاسلام علي البزدوي لانها في المطالبة مثل سائر الديون بل فوقها والعبرة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها * فالمطالبة الحسية كالمطالبة الشرعية * ولذا قلنا من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالعدل يوجر وان كان الآخذ بالاخذ ظالما * وقلنا من قضى نائبة غيره بامره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع وهو الصحيح كمن قضى دين غيره بامره كما في البحر * و في الاصلاح * والفتوى على الصحة فانها كالديون الصحيحة حتى لو اخذت من الاكار فله الرجوع على مالك الارض وهو اختيار المص (وضمان العهدة باطل) لاشتباه المراد بها لاطلاقها على الصك القديم وعلى العقد وعلى حقوقه وعلى خيار الشرط فتعذر العمل بها قبل البيان فتبطل للجهالة (وكذا ضمان الخلاص) بط عند الامام (خلافا لهما) اى قالا هي صحيحة بناء على تفسيرها بتخليص المبيع ان قدر عليه ورد الثمن ان لم يقدر عليه وهو ضمان الدرك في المعنى والامام فسرها بتخليص المبيع لامحالة ولا قدرة عليه لان المستحق لايمكنه ولو ضمن تخليص المبيع او رد الثمن جاز لامكان الوفاء به وهو تسليمه ان اجاز المستحق او رده ان لم يجز والخلاف راجع الى التفسير » كما في البحر * والخلاف لفظي فقد تدبر (ولو قال الكفيل ضمنته الى شهر وقال الطالب بل) ضمنته (حالا فالقول للكفيل وفي الاقرار) يعني من قال لآخر لك على مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول (للمقر له) والفرق ان الكفيل لم يقر بالدين فلا دين عليه في الصحيح بل اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر والطالب يدعي عليه المطالبة في الحال وهو ينكر فالقول له والمقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه هو تأخير المطالبة الى شهر فلا يقبل قوله بلا

بينة * وقال الشافعي القول للمقر في الفصلين * وكذا يروى عن ابي يوسف (ولا يؤخذ ضامن الدرك ان استحق المبيع مالم يقض بثمنه على بائعه) لان المبيع لا ينقض بمجرد الاستحقاق على ظاهر الرواية مالم يقض بالثمن على البائع فلا يجب رد الثمن على الاصيل فلا يجب على الكفيل * وعن ابي يوسف وهو قول الائمة الثلثة انه يرجع بمجرد القضاء بالاستحقاق وفي التنوير قال لآخر اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه واخذ ماله لم يضمن * ولو قال ان كان مخوفا واخذ مالك فانا ضامن ضمن

باب كفالة رجلين والعبدين

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لان الاثنين بعد الواحد طبعا فاخر وضعا (دين عليهما) اي على الاثنين لآخر بان اشتريا منه ثوبا او (كفل كل) واحد من الاثنين (عن صاحبه) جاز العقد لعدم المانع اذ يكون كل واحد منهما في النصف اصيلا وفي النصف الآخر كفيلا (فما اداه احدهما) اي فما ادى احدهما من الدين نصفه (لا يرجع به) اي بما ادى (على الآخر) اي على شريكه وان عين عن نصيب صاحبه لان وقوع الاداء عما هو عليه اصالة اولى من وقوعه كفالة اذ الاول دين مع المطالبة والثاني مطالبة فقط ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه كان لصاحبه ان يرجع عليه بان يجعل المؤدى عنه لان المؤدى نائبه واداء نائبه كادائه فيؤدي الى الدور (الا اذا زاد على النصف) فينصرف الى ما عليه كفالة فيرجع على شريكه ان كفل بامره (ولو كفلا) اي الاثنان (بمال عن رجل) بالتعاقب (وكفل كل) واحد (منهما به) اي بجميع المال (عن صاحبه) يعني اذا كان على رجل الف درهم مثلا فكفل عنه اثنان كل منهما بجميعه على الانفراد ثم كفل كل منهما عن صاحبه بما لزمه بالكفالة اذ الكفالة بالكفيل جائزة (فما اداه) كل منهما (رجع بنصفه على شريكه) قليلا كان المؤدى او كثيرا اذ الكل كفالة فلا رجحان لكل من الكفالتين على الاخرى بالمطالبة ثم يرجعان على الاصيل (او) رجع هو (بكله) اي بكل ما اداه (على الاصيل) ابتداء (لو) كفل (بامره) اذ كفل كل منهما بالجميع فلا يؤدي الى الدور هذا اذا كفل كل منهما عن صاحبه بالجميع واما اذا كفل كل منهما بالنصف ثم كفل كل عن صاحبه فهي كالمسئلة الاولى في الصحيح * وكذا لو كفيلا على الاصيل بالجميع ثم كفل كل عن صاحبه لان الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلا عن الاصيل بالجميع او كفل بالجميع متعاقبا ثم كفل كل عن صاحبه بالنصف لمغايرة جهة الضمان كما في الدرر وغيره (وان ابرأ الطالب احدهما) اي احد الاثنين (فله) اي للطالب (اخذ) الكفيل (الآخر بكله) اي بكل المال لان كلا منهما كفيل بالكل عن الاصيل فيأخذه به (ولو فسخت المفاوضة) اي لو اشترى احد المفاوضين شيئا ثم فسخت المفاوضة بينهما (فلرب الدين اخذ من شاء من شريكيها) اي شريكي المفاوضة (بكل دينه) لان الكفالة تثبت بعقد المفاوضة فلا تبطل بالافتراق * قيد بالمفاوضة لان شريك العنان لا يؤاخذ عن شريكه لانها لا تتضمن الكفالة بل الوكالة كما مر في الشركة (وما اداه احدهما لا يرجع به) اي بما ادى (على الآخر مالم يزد به على النصف) لما بيناه آنفا (و اذا كوتب العبدان بعقد واحد) بان قال المولى كاتبتكما على الف وقبلا (وكفل كل

(منهما)

(منهما) اى من العبدين (عن صاحبه)صح العقدو (رجع كل) منهما (على الاخر بنصف ما ادى)والقياس ان لا يصح لان فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل منهما بانفراده بطو عندالاجتماع اولى فصار كما اذا تعاقبت كتابتهما فانه بط* ولهذا قال بعقد*ووجه الاستحسان ان تصرف الانسان يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد امكن هنا بان يجعل المال على كل منهما فى حق المولى وحق نفسه وعتق الآخر معلق بادائه لان معنى قوله كاتبتكما بالف ان اديتما الف درهم فانتما حران*فكأنه قال لكل منهما ان اديت الالف فانت حر فيكون عتق كل واحد معلقا باداء الالف ولا يحصل عتقه باداء نصفه اذا الشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله اجزاء فيطالب المولى كلا منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا الكفالة فايهما ادى عتق وعتق الآخر تبعا له كما فى ولد المكاتب فاذا ادى احدهما رجع على الاخر لاستوائهما ولو رجع بالكل اولم يرجع بشئ انتفى المساواة كما فى الدرر * قيد بقوله و كفل لانه او كاتبهما*ولم يزد على ذلك لزم على كل واحد منهما حصته ويعتق باداء حصته فلو زاد على انهما ان اديا عتقا وان عجزا ردا فى لرق*ولم يذكر الكفالة فعندنا لا يعتق واحد منهما مالم يحصل جميع المال الى المولى خلافا لزفر فانه قال يعتق باداء حصته (وان اعتق السيد احدهم) اى احد العبدين المكاتبين فيما اذا كاتبهما وشرط كفالة كل منهما عن صاحبه (قبل الاداء صح) عتقه لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه مارضى بالتزام المال الا ليكون المال وسيلة الى العتق ومابق وسيلة فيسقط وتبقى النصف على الآخر لان المال فى الحقيقة مقابل برقبتيهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذاجاء العتق استغنى عن الاحتيال فاعتبر مقابلا برقبتيهما فلهذا يتنصف كما فى الهداية(وله)اى للمولى (ان يأخذ حصته الآخر منه) اى من الآخر اصالة اومن المعتق كفالة ويرجع المعتق فقط بما ادى على صاحبه اى ان اخذ المولى حصة الآخر من المعتق رجع المعتق بما يؤدى على الآخر لانه مؤدى عنه بامره فان اخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشئ لانه ادى عن نفسه لا يقال اخذ المعتق بالكفالة تصحيح للكفالة ببدل الكتابة وهو بط لان كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقى بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق الثبوت كما فى المنح (ولو كان على عبد مال لا يجب عليه) صفة مال اى على العبد (الا بعد عتقه) وهو دين لم يظهر فى حق مولاه بل فى حقه يؤاخذ بعد عتقه كما لزمه باقرار اواستقراض اواستهلاك وديعة (فكفل به) اى بذلك المال (رجل كفالة مطلقة)عن قيد الحلول او التأجيل (لزم الكفيل حالا) لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول ذمته الا ان المطالبة تأخرت عنه بعسرته اذ هذه الديون لا تتعلق برقبته لعدم ظهورها فى حق المولى فصار كما لو كفل عن غائب او مفلس* بخلاف ما اذا كفل بدين مؤجل حيث لا يلزم الكفيل حالا بل مؤجلا (واذا ادى) الكفيل ما على العبد (لا يرجع على العبد الا بعد عتقه) ان كان بامره لان الطالب كان يرجع عليه بعد العتق فكذا الكفيل لانه قائم مقامه (ولو ادعى رقبة عبد فكفل به رجل فات العبد) المكفول برقبته قبل التسليم الى المدعى (فبرهن

المدعى) اى اقام بينة (انه) اى العبد (له) اى ملكه (ضمن الكفيل قيمة) اى قيمة العبد لانه تكفل عن ذى اليد بتسليم رقبة العبد لان المدعى يدعى غصب العبد على ذى اليد والكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها جائز فيجب على الكفيل رد العين فان هلكت تجب عليه قيمتها* بخلاف ماذا ثبت الملك له باقرار ذى اليد ونكوله لان اقرار الاصيل ليس بحجة فى حق الكفيل فلا يلزمه مالم يقر به الكفيل بنفسه (ولو كفل سيد عن عبده بامره او) كفل (عبد غير مديون) قيد به لتصحيحها للكفالة فان كفالة المديون عن مولاه لاتصح لانها تضمن ابطال حق الغرماء (عن سيده) بامره (فعتق) العبد (فادى) من السيد او العبد (ادى) المال المكفول به (لايرجع على الآخر) لان الكفالة وقعت غير موجبة لان احدهما لايستوجب دينا على الاخر* وقال زفر ان كانت الكفالة بالامر يرجع كل منهما على صاحبه لان المانع وهو الرق قدزال* قلنا وقعت غير موجبة للرجوع فلا تنقلب موجبة له بعد ذلك

كتاب الحوالة

ذكرها بعد الكفالة لان كلا منهما عقد التزام ماعلى الاصيل للتوثق الا ان الحوالة تتضمن براءة الاصيل براءة مقيدة بخلاف الكفالة فكانت كالمركب مع المفرد والمفرد مقدم * وهى فى اللغة النقل والتحويل* وحروفها كيف ماتركبت دارت على معنى النقل والزوال* وقيل هى اسم بمعنى الاحالة يقال احلت زيدا بماله على فلان * والذا قيل للمديون محيل ومحتال والدائن محال ومحتال ولمن يقبل الحوالة محال عليه ومحتال عليه وللدين محال به ومحتال به* لكن ترك عند الاستعمال محتال فى محيل فرارا عن التباسه المفعول من بابه وقد فرق البعض بالحاق له فى المفعول وقال محتال له قيل هو لغو لعدم الحاجة الى الصلة *وفى اصطلاح الفقهاء (هى) اى الحوالة (نقل الدين من ذمة الى ذمة) اى من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه *واختلف المشايخ فى انها هل توجب البراءة عن الدين والمطالبة جميعا او عن المطالبة دون الدين والصحيح من المذهب انها توجب البراءة من الدين كما فى المنح (وتصح) الحوالة (فى الدين لا فى العين) اما الصحة فبالاجماع وبما روى البخارى ومسلم عن ابى هريرة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مطل الغنى ظلم واذا اتبع احدكم على ملئ فليتبع اى اذا احيل احدكم على ملئ فليحتل* والامر بالاتباع دليل الجواز* واما اختصاصها بالدين فلان الحوالة نقل حكمى والدين وصف حكمى يثبت فى الذمة فجاز للدين ان يقبل ذلك النقل اما العين كالثوب فحسى فلا يقبل النقل الحكمى بل يحتاج الى النقل الحسى فلا بد من ان يكون للمحتال دين على المحيل* ولذا قال فى القنية احال عليه مائة من من الحنطة ولم يكن للمحيل على المحتال عليه شئ ولا للمحتال على المحيل فقبل المحتال عليه ذلك لاشئ عليه (برضى) متعلق بتصح (المحتال) لان الدين حقه والذمم متفاوتة ولابد من رضاه لاختلاف الناس فى الايفاء وهذا بالاجماع (والمحتال عليه) لان الدين لزمه فلا بد من التزامه* والاصح من مذهب الشافعى ان لاحاجة الى رضاه اذا كان المحال به دين المحيل وهو قول مالك واحمد لان الحق للمحيل فله ان يستوفيه بنفسه وبغيره *قيد برضاهما لانها لاتصح مع اكراه احدهما* واراد من الرضى القبول فى مجلس الايجاب* لكن فى البزازية او احال على غائب فقبل بعدما علم صحت

ولا تصح فى غيبة المحتال الا ان يقبل رجل له الحوالة (وقيل ولا بد من رضى المحيل ايضا) كما لا بد من رضى المحتال والمحال* عليه وفى البحر رضى المحيل ليس بشرط على ماذكره محمد فى الزيادات*وشرطه القدورى* وانما شرطه للرجوع عليه فلا اختلاف فى الروايات وفى العناية وذكر فى الزيادات ان الحوالة تصح بدون رضاه لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف فى حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه لان المحتال عليه لا يرجع عليه اذا لم تكن بامره * قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الرجوع عليه اذا كانت بامره* وقيل لعل موضع ماذكر فى القدورى ان يكون للمحيل على المحتال عليه دين بقدر مايقبل الحوالة فانها حينئذ يكون اسقاط المطالبة للمحيل عن المحال عليه فلا تصح الا برضاه*والظاهر ان الحوالة قد تكون ابتداؤها من المحيل وقد تكون من المحال عليه والاول احالة وهى فعل اختيارى لا يتصور بدون الارادة والرضى وهو وجه رواية القدورى والثانى احتيال يتم بدون ارادة المحيل بارادة المحال عليه ورضاه وهو وجه رواية الزيادات*وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه الائمة الثلاثة بناء على ايفاء الحق حقه فله ايفاؤه من حيث شاء من غير قسر عليه بتعيين بعض الجهات اوعدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين بناء على رواية الزيادات ليس على ماينبغى اه (واذا تمت) الحوالة (برئ المحيل) من الدين (بالقبول) اى بقبول المحتال الحوالة على المحال عليه* وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق بحق ولنا ان الاحكام الشرعية تبنى على وفق المعانى* فمعنى الحوالة النقل والتحويل وهو لا يتحقق الا بفراغ ذمة الاصيل بخلاف الكفالة قوله من الدين رد على من يقول انه يبرأ عن المطالبة لا الدين وقد تقدم بيانه آنفا *ومراده انه يبرأ براءة موقتة* ومقتضى ماذكر من براءة المحيل ان المشترى لو احال البائع بالثمن على رجل لم يملك حبس المبيع * وكذا لو احال المرتهن الراهن لا يحبس الرهن*ولو احال الزوج المرأة بصداقها لم تحبس نفسها بخلاف العكس فى الثلاثة وبه صرح فى البحر وقال ولكن المنقول فى الزيادات عكسه وقوله بالقبول متعلق بقوله اذا تمت الحوالة (فلا يأخذ المحتال من تركته) اى من تركة المحيل الدين اذا مات المحيل (لكن يأخذ كفيلا من الورثة او الغرماء مخافة ٢ التوى) اى الهلاك (ولا يرجع عليه المحتال الا اذا توى حقه) فح يرجع عليه كما روى انه عليه السلام قال اذا مات المحتال عليه مفلسا عاد الدين ولان براءته مقيدة بسلامة حقه له فيرجع عليه عند عدم السلامة*وقال الشافعى لا يرجع عليه عند التوى باى طريق كان لان الساقط لا يعود * وفى البحر ومراده اذا كانت الحوالة باقية اما اذا فسخت الحوالة فان للمحتال الرجوع بدينه على المحيل * ولذا قال فى البدائع ان حكمها ينتهى بفسخها وبالتوى وقوله وبالتوى مقيد بان لا يكون المحيل هو المحتال عليه ثانيا لما فى الذخيرة رجل احال رجلا له عليه دين على رجل ثم ان المحتال عليه احاله على الذى عليه الاصل برئ المحتال عليه الاول فان توى المال على الذى عليه لا يعود على المحتال عليه الاول (وهو بموت المحتال عليه مفلسا) بان لم يترك مالا عينا ولا دينا ولا كفيلا (او انكاره) اى انكار المحتال عليه (الحوالة وحلفه)

٢ يقال توى المال بالمثناة الفوقية وكسر الواو يتوى بفتحها توى بالقصر اذا هلك منه

اى المحتال عليه (ولا بينة) للمحتال والمحيل (عليها) اى على الحوالة * وهذا عند الامام لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منها وهو التوى فى الحقيقة (وعندهما بتفليس القاضى اياه) اى المحتال عليه (ايضا) لانه عجز عن الاخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته عندهما كعجزه عن الاستيفاء بموته مفلسا وبالجحود * قيدنا بان لم يترك كفيلا لان وجود الكفيل يمنع موته مفلسا على ما فى الزيادات * وفى الخلاصة لا يمنع وان المحتال لو ابرأ الكفيل بعد موت المحتال عليه مفلسا فله ان يرجع بدينه على المحيل وفى البزازية اخذ المحتال من المحتال عليه بالمال كفيلا ثم مات المحتال عليه مفلسا لا يعود الدين الى ذمة المحيل سواء كفل بامره او بغير امره والكفالة حالة او مؤجلة او كفل حالا ثم اجله المكفول له وان لم يكن به كفيل ولكن تبرع رجل او رهن به رهنا ثم مات المحتال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل ولو كان مسلطا على البيع فباعه ولم يقبض الثمن حتى مات المحتال عليه مفلسا بطلت الحوالة والثمن لصاحب الرهن ولو اختلفا فى كونه مفلسا فالقول للمحتال مع يمينه على العلم (وتصح) الحوالة (بالدراهم المودعة) يعنى اذا اودع رجل رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر صح لانه اقدر على التسليم فكانت اولى بالجواز (ويبرأ المحتال عليه) من الحوالة (بهلاكها) كالزكاة المتعلقة بالنصاب لان المحتال التزم الاداء من هذه الدراهم وهى قد هلكت امانة * وايضا يبرأ المودع عن الحوالة اذا استحقت الدراهم المودعة فيعود الدين على ذمة المحيل (وبالمغصوبة) اى تصح الحوالة بالدراهم التى غصبها المحتال عليه من المحيل (ولا يبرأ بهلاكها) اى لا يبرأ الغاصب بهلاك المغصوبة لانه لا يبطل الحوالة لانه فات الى خلف وهو الضمان والخلف يقوم مقام الاصل وكان المغصوب قائما معنى فلا يبطل * واما اذا استحق المغصوب بطلت الحوالة لان المغصوب وصل الى مالكه فهو يوجب براءة الغاصب عن الضمان (واذا ٣ قيدت الحوالة بالدين او الوديعة او الغصب لا يطالب المحيل المحتال عليه) اى لا يطالب المحيل من المحتال عليه ما عنده او عليه من الدراهم المودعة او المغصوبة او الدين لان هذه الحوالة المقيدة تتضمن توكيل المحتال بقبض ما على المحتال عليه او ما عنده وتتضمن تسليم المحتال عليه ما عنده او عليه بامر المحيل فلا يطالب المحيل ذلك من المحتال لتعلق حق المحتال كالراهن لا يملك مطالبته لتعلق حق المرتهن حتى يضمن المحتال عليه للمحتال ان دفع الى المحيل (مع ان المحتال اسوة لغرماء المحيل بعد موته) اى بعد موت المحيل يعنى ان هذه الاموال اذا تعلق بها حق المحتال كان ينبغى ان لا يكون المحتال اسوة لغرماء المحيل بعد موته كما فى الرهن مع انه اسوة لهم لان العين الذى بيد المحتال عليه للمحيل والدين الذى له عليه لم يصر مملوكا للمحتال بعقد الحوالة لا يدا ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للتمليك بل للنقل فيكون بين الغرماء واما المرتهن فيملك المرهون يدا وحبسا فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره ان يشاركه فيه وقال زفر المحتال احق به من الغرماء لان الدين صار له بالحوالة كالمرتهن بالرهن بعد موت الراهن (وان لم يقيد) الحوالة (بشئ) من المذكورات (فله) اى للمحيل (المطالبة) من

٣ وفى الدرر ان الحوالة اما مطلقة او مقيدة اما المطلقة فهى ان يرسلها ارسالا لا يقيدها بدين له على المحتال عليه ولا بعين له فى يده او يحيله على رجل ليس له عليه دين ولا فى يده عين له * واما المقيدة فهى ان يكون للمحيل مال عند المحتال عليه من وديعة او غصب او عليه دين فقال احلت الطالب عليك بالف الذى على على ان تؤديها من المال الذى لى عليك * وقبل المحتال عليه منه

المحتال عليه بالعين او الدين و يقدر المحتال عليه ان يدفعها الى المحيل اذ لا تعلق لحق المحتال بما عنده او عليه بل حقه فى ذمة المحتال عليه و فى ذمته سعة فغاية ما يجب على المحتال عليه اداء دين المحتال من مال نفسه (ولا تبطل الحوالة) سواء كانت مقيدة او مطلقة (باخذه) اى المحيل (ما على المحتال عليه) من الدين (او عنده) من الوديعة او الغصب اما فى المطلقة فانها لم تتعلق بهذه الاشياء لعدم الاضافة اليها * واما فى المقيدة فلان المحتال عليه قد دفع ما تعلق به حق المحتال الى من ليس له حق الاخذ فيضمنه للمحتال و يرجع الى المحيل بما دفع اليه فلا تبطل الحوالة واذا ٤ طالب المحتال عليه المحيل بمثل ما احال به فقال احلت بدين لى عليك لا يقبل بلا حجة اى لا يسمع قول المحيل للمحتال عليه احلت بدين لى عليك حين طلب المحتال عليه من المحيل مثل ما احاله الا بينة * اذا المحتال عليه انكر الدين لان اقراره بالحوالة و قبوله لا يكون اقرارا و لا دليلا على ان عليه له دينا اذ الحوالة تجوز بدون الدين على المحتال عليه بل يسمع طلب المحتال عليه لوجود سببه هو اداء الدين بامره (ولو طالب المحيل المحتال بما احال فقال احلتنى بدين لى عليك لا يقبل بلا حجة) اى لا يسمع قول المحتال للمحيل احلتنى بدين لى عليك حين طلب المحيل من المحتال ما قبضه الا بينة لان المحيل انكر الدين * اذ اقراره بالحوالة و اقدامه عليها لا يكون اقرارا بالدين لان الحوالة تستعمل بالوكالة بمعنى نقل التصرف بل يسمع طلب المحيل كطلب الموكل من الوكيل ما قبضه * و فى التنوير ادى المال فى الحوالة الفاسدة فهو بالخيار ان شاء رجع على القابض وهو المحتال وان شاء رجع على المحيل ولا يصح تأجيل عقدها (وتكره السفتجة) بضم السين والتاء عند سيبويه و بفتح التاء عند الاخفش تعريب سفته و معناها المحكم (وهى الاقراض) اى ان يقرض الى تاجر مثلا قرضا ليدفعه الى صديقه فى بلد آخر (لسقوط خطر الطريق) وانما كرهت لورود النهى عن قرض جر نفعا * وانما ذكرت المسئلة فى هذا الباب لان هذا الاقراض فى معنى حوالة الصديق على المستقرض اولانه حوالة خطر الطريق اليه اولان المقرض يحيله بالاداء الى الصديق

٤ صورته رجل احال رجلا على آخر بالف فدفعه المحتال ثم طلب الدافع عليه الالف من المحيل فقال المحيل احلت بالف لى كان عليك والمحتال عليه انكره فالقول منه

٥ يعنى اذا قال المحيل للمحتال اعطنى ما قبضته من فلان فانى احلتك لتقبضه لى وكنت وكيلى فى قبضه فقال المحتال حلتنى بدين لى عليك فالقول للمحيل منه

﴿ كتاب القضاء ﴾

لما كان اكثر المنازعات يقع فى البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضاء القاضى * اضاف الكتاب الى القضاء دون الادب نظرا الى بيان القضاء مقصود و بيان الادب متبوع * والقضاء فى اللغة له معان يكون بمعنى الاتقان والاحكام * فى المصباح انه مصدر قضيت بين الخصمين و عليهما حكمت والجمع الاقضية وقضى اى حكم و منه قوله تع و قضى ربك الا تعبدوا الا اياه و بمعنى الابلاغ و بمعنى الاداء و الانهاء منه قوله تع و قضينا الى بنى سرائيل فى الكتاب و قضينا اليه ذلك الامر اى انهيناه اليه و ابلغناه ذلك و بمعنى الصنع و التقدير منه قوله تع فقضاهن سبع سموات فى يومين و منه القضاء والقدر * و يقال استقضى فلانا اى صيره قاضيا * و فى الشرع هو قطع الخصومة او قول ملزم صدر عن ولاية عامة * وفيه معانى اللغة جميعا فكأنه الزمه بالحكم و اخبره به و فرغ عن الحكم بينهما و قدر ما عليه و ماله و اقام قضاءه مقام صلحهما و تراضيهما لان كل واحد منهما قاطع للخصومة * وهو مشروع بالكتاب و السنة و الاجماع * و محاسنه لا تخفى على احد * ولولا ذلك

لفسد العباد وخرب البلاد وانتشر الظلم والفساد * والحاكم نائب الله فى ارضه فى انصاف المظلوم من الظالم وايصال الحق والمستحق والامر بالمعروف والنهى عن المنكر وبه امر كل نبى قال الله تعالى انا انزلنا التورية فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال الله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم ولاجله بعث الرسل والانبياء وكان عليه الخلفاء والعلماء * ولهذا قال (القضاء بالحق من اقوى الفرائض وافضل العبادات) بعد الايمان بالله * ثم هو على خمسة اوجه واجب وهو ان يتعين له ولا يوجد من يصلح له غيره لانه اذا لم يفعل ادى الى تضييع الحكم فيكون قبوله امراً بالمعروف ونهيا عن المنكر وانصاف المظلوم من الظالم * ومستحب وهو ان يوجد من يصلح له غيره * لكن هو اصلح واقوم به * ومخير فيه وهو ان يستوى هو وغيره فى الصلاحية والقيام به * ومكروه وهو ان يكون صالحا للقضاء لكن غيره اصلح واقوم به * وحرام وهو ان يعلم من نفسه العجز عنه وعدم انصاف فيه فى باطنه من اتباع الهوى بما لا يعرفه * ثم اعلم ان رزقه وكفاية اهله واعوانه ومن يمونهم يكون من البيت المال لانه محبوس لحق العامة فلولا الكفاية ربما يطمع فى اموال الناس وان عمر رضى الله عنه اعطى شريحا كل شهر مائة درهم واعطاه على كل شهر خمسمائة درهم (واهله) اى القضاء (من هو اهل للشهادة) لان كلا منهما من باب الولاية لانه تنفيذ القول على الغير ولان كلا منهما الزام اذ الشهادة ملزمة على القاضى والقضاء ملزوم على الخصم (وشرط اهليته) اى القضاء (شرط اهليتها) اى الشهادة من العقل والبلوغ والاسلام والحرية وغيرها مما سنذكره فى كتاب الشهادة (والفاسق اهل له) اى القضاء (ويصح ٦ تقليده) اى تقليد الفاسق اى المسلم الذى اقدم على كبيرة او اصر على صغيرة * وفيه اشعار بان قضاء المستور صحيح بلا قبح كما فى القهستانى وبان العدالة شرط الاولوية * وهذا ظاهر الرواية وفى النوادر من اصحابنا انه لا يجوز قضاؤه كما فى الاختيار * وهو قول الائمة الثلاثة (ويجب ان يقلد) الفاسق القضاء اذ لا يؤتمن عليه لقلة مبالاته بواسطة فسقه حتى لو قلد كان المقلد آثما (كما يصح قبول شهادته) اى شهادة الفاسق حتى لو قبل القاضى وحكم بها كان آثما ولكنه ينفذ * وفى الدرر هذا اذا غلب على ظنه صدقه وهو مما يحفظ (ويجب ان لا تقبل) شهادته * وفى الشمنى اجتماع هذا الشرائط من الاجتهاد والعدالة وغيرهما متعذر فى عصرنا لخلو العصر عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وان كان جاهلا فاسقا قال قاضيخان ويصح تعليق تقليد القضاء والامارة بالشرط * وكذا الاضافة الى وقت فى المستقبل * وتعليق عزل القاضى بالشرط صحيح كتعليق الوكالة * ولو كان فى المصر قاضيا كل على محلة على حدة فالعبرة للمدعى عند ابى يوسف وللمدعى عليه عند محمد وهو الصحيح (ولو فسق) القاضى (العدل) باخذ الرشوة وغيرها من الزنى او شرب الخمر (يستحق العزل) اى يجب على السلطان عزله كما فى البزازية وفى المعراج يحسن عزله لوجود سبب الاستحقاق (ولا ينعزل فى ظاهر المذهب وعليه مشايخنا) وهو الصحيح وعليه الفتوى كما فى الواقعات * وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلدوهو عدل ينعزل بالفسق وهو قول الائمة

٦ والتقليد لغة جعل القلادة فى العنق * وشرعا حكم وال بكون فلان قاضيا فى موضع كذا منه

الثلاثة * وفى الاصلاح وعليه الفتوى * لكن فى البحر وهو غريب ولم اره والمذهب خلافه وتمامه فيه فليطالع * وفى البزازية او شرط فى التقليد انه متى فسق انعزل ينعزل * وفى نوادر ابن هشام قال محمد لو فسق القاضى ثم تاب فهو على قضائه كما اذا عمى ثم ابصر وكذا اذا ارتد ثم اسلم قيد بالقضاء لان الفسق لا يمنع الامامة بلا خلاف ولا ينعزل بالفسق وفى البحر الوالى اذا فسق فهو منزلة القاضى يستحق العزل ولا ينعزل ولو حكم الوالى بنفسه لم يصح لانه لم يفوض اليه (ولو اخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا) ى بمال دفعه لتوليته لم تصح توليته وهو الصحيح ولو قضى لم ينفذ وبه يفتى * اذا الامام او قلد برشوة اخذها هو او قومه وهو غير عالم به لم يجز تقليده كقضائه برشوة كما فى البحر وغيره * ولم ار حكم ما لو اخذ قومه وهو غير عالم به هل يجوز تقليده ام لا وينبغى ان يجوز تقليده لان مفهوم قوله وهو عالم به يقتضى جوازه اذا لم يعلم كما لو ارتشى وكيل القاضى او نائبه او كاتبه او بعض اعوانه فان بامره ورضاه هو كما لو ارتشى بنفسه وان بغير علمه ينفذ قضاؤه وعلى المرتشى رد ما قبض تتبع * قيده بالتولية لانه لو اخذ القاضى الرشوة وقضى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى بالاجماع * وحكى فى الفصول فيه اختلافا فقيل لا ينفذ فيما ارتشى وينفذ فيما سواه وهو اختيار شمس الائمة وقيل لا ينفذ فيهما * وقيل ينفذ فيهما وفى البحر قضى ثم ارتشى او ارتشى ثم قضى او ارتشى ولده او بعض من لا تقبل شهادته له لا لانه لما اخذ المال او ابنه يكون عاملا لنفسه او ابنه * القاضى المولى اخذ الرشوة ثم بعثه الى شافعى المذهب ليحكم لا يصح لانه عامل لنفسه وان كتب اليه القاضى ليسمع الخصومة واخذ اجرة مثل الكتابة ينفذ لانه ليس برشوة لما فى فتاوى النسفى يحل للقاضى اخذ الاجرة على كتبة السجلات والمحاضر وعندهما لكل الف درهم خمسة دراهم وان كان اقل من الالف لكن لحقه من المشقة مثل ذلك ففيه خمسة ايضا وفى الخزانة وما قيل فى الف من الثمن خمسة لا نقول به ولا يليق ذلك بفقه اصحابنا واى مشقة للكتاب فى اخذ الثمن وانما اجرة مثله بقدر مشقته وبقدر عمله فى صنعته ايضا كما يستاجر الحكاك والنقاب باجر كثير فى مشقة قليلة * واجرة كتبة القبالة على رب الدين واعلم ان ما دفع اما للتودد وهو حلال من الجانبين واما للصيرورة قاضيا وهو حرام منهما واما لخوف على نفسه او ماله وهو حرام على الآخذ حلال للدافع وكذا اذا طمع فى ماله فرشاه ببعض المال * واما ليسوى امره عند الوالى فان كان ذلك الامر حراما فحرام على الجانبين وان حلالا فحرام على الآخذ ان اشترط وحلال للدافع الا ان يستأجره مدة معلومة بما يدفع اليه فانه حلال * وان لم يشترط وطلب منه ان يسوى امره واعطاه بعد ما يسوى اختلفوا فيه قال بعضهم لا يحل له الاخذ وقال بعضهم يحل هو الصحيح لانه بر ومجازاة الاحسان فيحل كما فى البحر * والرشوة لا تملك والذى يلزم الاسترداد (والفاسق يصلح مفتيا) لانه يجتهد حذرا عن النسبة الى الخطأ (وقيل لا) يصلح لانه من امور الدين وخبره غير مقبول فى الديانات ورجحه صاحب البحر فقال وظاهر ما فى التحرير انه لا يحل استفتاؤه اتفاقا فانه قال الاتفاق على حل استفتاء من عرف من اهل العلم بالاجتهاد والعدالة او رآه منتصبا والناس يستفتونه معظمين وعلى امتناعه ان ظن عدم احدهما فان جهل اجتهاده

دون عدالته فالمختار منع استفتائه بخلاف المجهول من غيره اذ الاتفاق على المنع وتمامه فيه فليطالع * ويكتفى بالاشارة من المفتى لا من القاضى اذ لا بد للقضاء من صيغة مخصوصة كحكمت و الزمت او صح عندى او ثبت او ظهر عندى او علمت على الصحيح (ولا ينبغى ان يكون القاضى فظا) من الفظاظة وهى خشونة القول (غليظا) اى شديدا فى الكلام متفاحشا (جبارا) اى متكبرا مقبلا بغضب (عنيدا) اى مخالفا للحق لان القضاء دفع الفساد وهذه الاشياء بعينها فساد (وينبغى ان يكون) القاضى (موثوقا به) اى معتمدا عليه (فى دينه) بالاحتراز من الحرام (و عفافه) لانه ملاك الدين (و٧عقله) لانه مدار التكليف (وصلاحه) لان فى ضده الفساد (وفهمه) ليفهم الفساد والخصومة (وعلمه بالسنة) والمراد بالسنة ما ثبت من رسول الله قولا وفعلا وتقريرا عند امر يعاينه (والآثار) وهى ما يروى من الاصحاب (ووجوه الفقه) اى طرقه * قال مسكين ان الفقه عند عامة العلماء اسم لعلم خاص فى الدين لا لكل علم وهو العلم بالمعانى التى تعلقت بها الاحكام من كتاب الله وسنن الرسول واجماع الامة ومقتضياتها واشاراتها وينبغى ان يكون شديدا من غير عنف لينا من غير ضعف لان القضاء من اهم امور المسلمين فكل من كان اعرف واقدر واوجه واهيب واصبر على ما يصيبه من الناس كان اولى * وينبغى للسلطان ان يتفحص فى ذلك ويولى من هو اولى لقوله عليه السلام من قلد انسانا عملا وفى رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وخان جماعة المسلمين وفى الاشباه فقد ظلم مرتين باعطاء غير المستحق ومنع المستحق لكن فى زماننا توجيه القضاء الى المستحق غير ممكن لقلته او للمانع منع حتى ابتليت بان اولى القضاء من قبل من له الامر فلم اقدر ان اولى الاحق والاولى تجاوز الله عنى وعن سائر المؤمنين بحرمة سيد المرسلين صلوات الله على نبينا وعليهم اجمعين (وكذا المفتى) يعنى ينبغى ان يكون موصوفا بالصفات المذكورة (والاجتهاد شرط الاولوية) فى القاضى والمفتى لا الجواز هو الصحيح تيسيرا وتسهيلا خلافا للائمة الثلاثة * وفى الفتح واعلم ان ما ذكر فى القاضى ذكر فى المفتى فلا يفتى الا المجتهد وقد استقر رأى الاصوليين على ان المفتى هو المجتهد واختلفوا فى المجتهد فقيل ان يعلم الكتاب بمعانيه والسنة بطرقها والمراد بعلمهما علم ما يتعلق الاحكام منهما من العام و الخاص والمشترك والمأول والنص والظاهر والناسخ والمنسوخ ومعرفة الاجماع والقياس ولا يشترط حفظه لجميع القرآن ولا لبعضه عن ظهر القلب بل ان يعرف مظان احكامها فى ابوابها فيراجعها وقت الحاجة ولا يشترط التبحر فى هذه العلوم ولا بد له فى معرفة لسان العرب لغة و اعرابا واما الاعتقاد فيكفيه اعتقاد جازم ولا يشترط معرفتها على طريق المتكلمين وادلتهم لانها صناعة لهم * ويدخل فى السنة اقوال الصحابة فلا بد من معرفتها لانه قد يقيس مع وجود قول الصحابى * ولا بد له من معرفة عرف الناس وهو معنى قولهم لا بد ان يكون صاحب قريحة * فاما غير المجتهدين ممن يحفظ اقوال المجتهد فليس بمفت والواجب عليه ان يذكر قول المجتهد كابى ح على جهة الحكاية * فعرف ان ما يكون فى زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتى ليأخذ به المستفتى * وطريق نقله لذلك عن المجتهد احد الامرين اما ان يكون

٧ والعقل على قول الاكثر قوة بها ادراك الكليات للنفس * ويستدل على صفة الحمق من حيث الصورة بطول اللحية لان مخرجها من الدماغ فمن افرط طول لحيته قل دماغه ومن قل دماغه قل عقله ومن قل عقله فهو احمق * وفى الحديث الاحمق ابغض الخلق الى الله تع منه

له سند فيه او يأخذه من كتاب معروف تداولته الايدى نحو كتب محمد بن حسن ونحوها من التصانيف المشهور للمجتهدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر او المشهور وتمامه فى البحر فليطالع وفى الخانية ان اختلاف الائمة الهدى توسعة على الناس * فان كان الامام فى جانب وهما فى جانب خير المفتى وان كان احدهما مع الامام اخذ بقولهما الا اذا اصطلح المشايخ على قول الآخر فيتبعهم كما اختار الفقيه ابو الليث قول زفر فى مسائل وصحح فى السراج ان المفتى يفتى بقول الامام على الاطلاق ثم بقول ابى يوسف ثم بقول محمد ثم بقول زفر والحسن بن زياد * ولا يخير اذا لم يكن مجتهدا * واذا اختلف مفتيان يتبع قول الافقه وفى المنح وان خالف اباحنيفة صاحباه فان كان اختلافهم اختلاف عصر وزمان كالقضاء بظاهر العدالة يأخذ بقول صاحبيه لتغير احوال الناس * وفى المزارعة والمعاملة ونحوهما يختار قولهما ويجوز للشاب الفتوى اذا كان حافظا للروايات واقفا على الدريات محافظا على الطاعات مجانبا الشهوات والعالم كبير وان كان صغيرا والجاهل صغير وان كان كبيرا (فيصح تقليد الجاهل) عندنا لان المقصود من القضاء ايصال الحق الى مستحقة وذلك يحصل بالعمل بفتوى غيره (ويختار) المقلد (الاقدر والاولى) لانه خليفة رسول الله فى القضاء * وفى الاصلاح وعند الشافعى لا يصح تقليد الفاسق والجاهل وما قاله كان احوط فى زمانه وفى زماننا الاحتياط فيما قلنا لان فى اشتراط العلم والعدالة سد باب القضاء اه (وكره ٨ التقلد لمن خاف الحيف والعجز عن القيام به) اى كره قبول تقليد القضاء لخوف الجور او عدم اقامة العدل لعجزه فعلى هذا او قال لمن خاف الحيف او العجز لكان اولى لان احدهما يكفى كما فى البحر (ولا بأس به) اى بالتقلد (لمن يثق من نفسه باداء فرضه) لان كبار الصحابة والتابعين تقلدوه وكفى بهم قدوة * وقيل لا يجوز الدخول مطلقا اخبارا لقوله عليه السلام من ابتلى بالقضاء فكأنما ذبح بغير سكين وقد روى عن الامام دعى للقضاء ثلاث مرات فابى حتى حبس وجلد كل مرة ثلاثون قال له ابو يوسف لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه شبه المغضب فقال او امرت ان اقطع البحر سباحة لكنت اقدر عليه ابو يوسف البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم فقال الامام كأنى بك قاضيا * وذكر البزازى فى مناقبه اقوالا حاصله ان الامام لم يقبل القضاء ومات على الاباء وانه رحمه الله حسن بموته وسجد فخرجت روحه ساجدا سنة خمسين ومائة روح الله روحه وزاد فى على غرف الجنان فتوجه ومن غريب ما وقع انه يجيء بجنازته فازدحم الناس فلم يقدروا على دفنه الا بعد العصر واستمر الناس يصلون على قبره الشريف عشرون وحرر من صلى عليه خمسون الفا * وفى الهداية والكافى والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا فى اقامة العدل بحديث عدل ساعة خير من عبادة سنة والترك عزيمة لانه مأمور بالقضاء بالحق وربما يظن فى الابتداء انه يقضى بالحق ثم لا يقدر عليه فى الانتهاء ولانه لا يمكنه القضاء بالحق الا باعانة غيره ولعل غيره لا يعينه (ومن تعين له) اى للقضاء او تعين القضاء له (فرض عليه) صيانة لحقوق العباد ودفعا لظلم الظالمين * وفى البحر انه فرض عين ان تعين وفرض للاهل كفاية عند وجود غيره يعنى ان كان فى البلد قوم صالحون له فامتنعوا عنه

٨ وعن على رضى الله عنه قال قال رسول الله عليه السلام القضاة ثلثة اما القاضيان فى النار من علم وقضى بخلافه او جاهل قضى بلا علم والثالث من اتاه الله تعالى يقضى بعلمه منه

اثموا كلهم ان لم يقدر السلطان فصل القضايا (ولا يطلب القضاء ولا يسأله) اى من صلح للقضاء ينبغى ان لا يطلب بقلبه ولا يسأله بلسانه لما روى انه عليه السلام قال من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده اى يلهمه الرشد ويوفقه للصواب * وكذا لا يسأل الامارة (ويجوز تقلده من السلطان الجائر) اى الظالم لان علماء السلف تقلدوا القضاء من الحجاج مع انه اظلم زمانه (ومن اهل البغى) وهم الذين خرجوا عن طاعة الامام لان الصحابة تقلدوه من معاوية فى نوبة على وكان الحق بيد على وقد قال على اخواننا بغوا علينا قال ابو الليث المتغلب اذا ولى رجلا قضاء بلدة وقضى ذلك القاضى فى مختلف فيه ثم رفع الى قاض آخر فان اوفق رأيه امضاه وان خالف ابطله وهى بمنزلة حكم المحكم وفى العمادية التقلد من اهل البغى يصح وبمجرد استيلاء الباغى لا ينعزل قضاة العدل ويصح عزل الباغى لهم حتى لو انهزم الباغى بعد ذلك لا ينفذ قضاياهم بعد ذلك ما لم يقلدهم سلطان العدل ثانيا لان الباغى صار سلطانا بالقهر والغلبة (الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق) استثناء من قوله الجائر واهل البغى اى يجوز تقلده الا اذا لم يمكنه الجائر واهل البغى من القضاء لحق فح لا يجوز لان الحق لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه (واذا تقلد) احد القضاء بعد عزل الآخر (يسأل ديوان قاض قبله وهو الخرائط التى فيها السجلات والمحاضر وغيرها) من الصكوك وكتاب نصب الاولياء وتقدير النفقات لان ١١ الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة فيجعل فى يد من له ولاية القضاء وهذا لان القاضى يكتب نسختين احديهما فى يد الخصم والاخرى فى ديوان القاضى اذ ربما يحتاج اليها لمعنى من المعانى وما فى يد الخصم لا يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فان كان الورق من بيت المال فلا اشكال فى وضعه فى يد القاضى الجديد وكذا من مال الخصوم او من مال القاضى فى الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تموّلا (ويبعث) القاضى الجديد (امينين) من نقبائه وهو احوط والواحد يكفى (يقبضانها) اى الخرائط (بحضرة المعزول او امينه ويسألانه) اى المعزول (شيئا فشيئا) للكشف لا للالزام على الغير (ويجعلان كل نوع فى خريطة على حدة) فما كان فيها من نسخ السجلات يجمعان فى خريطة وما كان من نصب الاوصياء يجمعان فى خريطة وما كان من نسخ الاوقاف يجمعان فى خريطة وما كان من الصكوك يجمعان فى خريطة ليكون اسهل للتناول (وينظر) القاضى الجديد (فى حال المحبوسين) لانه نصب ناظرا للمسلمين * والمراد المحبوس فى سجن القاضى فيبعث القاضى ثقة يحصيهم فى السجن ويكتب اسماءهم واخبارهم وسبب حبسهم ومن حبسهم (فمن اقر بحق او قامت عليه به) اى بالحق (بينة الزمه) لان كلا منهما حجة ملزمة وليس المراد بقوله الزمه الحكم عليه وانما المراد الزمه الحبس اى ادام حبسه وتمامه فى البحر * فليطالع (ولا يعمل بقول المعزول) فلو قال حبسته بحق عليه لا يقبل قوله وكذا لو قال كنت حكمت عليه لفلان بكذا او علله فى الدرر بانه صار كواحد من الرعايا وشهادة الواحد ليست بحجة خصوصا اذا كانت بفعل نفسه (والا نادى عليه) اياما فان حضر احد وادعى وهو على انكاره ابتدأ الحكم بينهما والا تأنى فى ذلك اياما على حسب ما يرى القاضى (ثم يخلى سبيله) اى ان لم يحضر احد بعد

٩ وكل بتخفيف الكاف مجهولا بمعنى ترك امره الى نفسه ولم يهتد الى الصواب منه

١١ ويقال ان عمر رضى الله عنه اول من دون الدواوين فى العرب اى رتب الخرائط للعمل وغيرها كافى فى البحر منه

النداء لكن (بعدما استظهر فى امره) وفى الاختيار وان لم يحضر لايخليه حتى يستظهر فى امره فيأخذ منه كفيلا لنفسه على الصحيح اتفاقا * فان قال لا كفيل لى فينادى شهرا فان لم يحضر احد اطلقه (ويعمل) اى يعمل القاضى الجديد (فى الوادائع ١٢ وغلات الوقف) التى وضعها المعزول فى ايدى الامناء (بالبينة او باقرار ذى اليد) لان اقراره غير مقبول * قيد بغلات الوقف لانه لايعمل باقرار ذى اليد فى اصل الوقف اذا جحده الوارث ولا بينة * ولو قال ان هذا وقف فلان بن فلان سلمه الى هذا واقر ذو اليد وكذبه الوارث لم يقبل قول القاضى وذو اليد ان لم يقم عليه البينة كما فى البحر (لا بقول المعزول الا اذا اقر ذو اليد بالتسليم منه) اى من المعزول * اذ باقراره ثبت ان اليد كانت للمعزول سابقا فصح اقرار المعزول كأنه فى يده حالا لان من كان بيده حقيقة يقبل اقراره * فكذا اذا كان فى يد مودعه لان يده كيد المودع الا اذا بدأ صاحب اليد بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضى اليه والقاضى يقر به لغيره فيسلم الى المقر له الاول ويضمن المقر قيمته للقاضى بالاقرار * وجعل صاحب العناية وغيره هذه المسئلة على خمسة اوجه فليراجع (ويجلس) القاضى (للحكم جلوسا ظاهرا فى المسجد) بهيئة يعلم الناس انه جلس لفصل الخصومات لا لعبادة اخرى لان النبى جلس فيه للحكم وقال انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم فسوى بينهما فكان القضاء عبادة فلا منع لحضور المشرك فيه لان نجاسته فى اعتقاده لا فى ظاهره * والحائض تمنع عن الدخول لكن تقطع خصومتها فى باب المسجد (والجامع اولى) من المسجد لانه غير خفى على الغرباء وغيرهم هذا اذا كان الجامع وسط البلد والا فيختار الوسط منهما * وقال الشافعى يكره الجلوس للقضاء فى المسجد لانه يحضره المشرك وهو نجس (ولو جلس فى داره واذن) للناس (فى الدخول) فيها اذنا عاما ولا يمنع احدا لان لكل احد حقا فى مجلسه (فلا بأس به) لان الحكم عبادة فلا يختص بمكان * لكن الاولى ان تكون الدار فى وسط البلد * ويجلس معه من كان معه فى المجلس ويجلس وحده لانه يورث التهمة وتبعد عنه الاعوان لانه اهيب ولا يحكم وهو ماش اوقائم او مشغول بشئ آخر * ويجوز ان يحكم وهو متكئ لكن القضاء مستوى الجلوس افضل تعظيما لامر القضاء * ويستحب ان يقعد معه اهل العلم ان لم يكن عالما باحوال القضاء لكن لايشاوره عند الخصوم بل يخرجهم او يبعدهم ثم يشاوره و ينبغى للقاضى ان يعتذر للمقضى عليه ويبين له وجه قضائه ليكون ذلك ادفع لشكايته للناس و نسبته الى انه جار عليه ومن يسمع يخل فربما تفسد العامة عرضه وهو برئ * وينبغى للقاضى انه اذا اختصم اليه اخوان او بنو الاعمام ان لايعجل بالقضاء عليهم فيدافعهم قليلا كى يصطلحوا لان القضاء بحق ربما يكون سببا للعداوة وفى البزازية قضى القاضى بحق ثم امره ان يستأنف القضية ثانيا بمحضر من العلماء لايفرض ذلك على القاضى (ولا يقبل) القاضى (هدية) ولو قليلة لان قبولها يؤدى الى مراعاة المهدى فان كان المهدى يتأذى بالرد يقبلها ويعطيه مثل قيمتها كما فى الخلاصة (الا) ان لا يردها (من قريبه) وهو ذو الرحم المحرم لان فى ردها عليهم قطيعة رحم وهى حرام (او من جرت عادته بمهادته) قبل القضاء من الاجنبى لعدم

١٢ الغلة كل ما يحصل من نحو ريع الارض اوكرائها اواجرة الغلام منه

التهمة (ان لم يكن لهما) اى للقريب اومن جرت عادته بمهاداته (خصومة ولم يزد على العادة) حتى لوكان لهما خصومة اوزادت على العادة يردها كلها فى الاول ومازاد عليها فى الثانى * وقيده فخر الاسلام بان لايكون مال المهدى قدزاد فبقدر مازاد ماله لابأس بقبوله وفى البحر للقاضى ان يقبلها من السلطان ومن حاكم بلده* واقتصر فى التاتارخانية على من ولاه وفى الخانية ويجوز للامام والمفتى قبول الهدية واجابة الدعوة الخاصة (ويحضر الدعوة العامة) لعدم كونها للقضاء الا اذا كان صاحب العامة احد الخصمين (لا الخاصة) لانها جعلت لاجله ولم يفصل فى الخاصة بين ان يكون من القريب اومن غيره امااذا جرت له عادة بها اولم تجر * وفى الكافى وان كان بين القاضى وبين المضيف قرابة يجيبه بلا خلاف كذا ذكره الخصاف وذكر الطحاوى ان على قولهما لايجيب الدعوة الخاصة للقريب وعلى قول محمد يجيب (وهى) اى الدعوة الخاصة (مالايتخذ ان لم يحضر) القاضى فان علم المضيف القاضى اذا لم يحضرها لايتركها فعامة * وقيل ان جاوز العشرة فعامة والافخاصة *وقيل دعوة العرس والختان عامة وماسواهما خاصة (ويشهد الجنازة ويعود المريض) لان هذا من حق المسلم على المسلم ففى حديث للمسلم على المسلم ست حقوق اذادعاه يجيبه واذا مرض يعوده واذامات يحضره واذالقيه يسلم عليه واذا استنصحه ينصحه واذاعطس يشمته وهو لايسقط بالقضاء لكن لايمكث فى ذلك المحل * هذا اذالم يكن المريض احدالخصمين وان كان احدهما ينبغى ان لايعوده له (ويتخذ مترجما وكاتبا عدلا) له معرفة بالفقه ويجلس ناحية عن القاضى حيث يراه حتى لايخدع بالرشوة (ويسوى) القاضى (بين الخصمين جلوسا) اى من حيث الجلوس بين يديه غير متربعين ولا مقعدين ولا محتبيين ويكون بين القاضى وبينهما قدر ذراعين من غير عن يدفعا اصواتهما* وتقف اعوان القاضى بين يديه ويمنعون الناس عن التقدم* اطلق فى التسوية بينهما فشمل السلطان والشريف والوضيع والاب والابن والصغير والكبير والذمى والعبد والحر * انماقلنا بين يديه لانه لواجلسهما فى جانب واحد كان احدهما اقرب الى القاضى فتفوت التسوية * وكذا لواجلس احدهما عن يمينه والآخر عن يساره لان جانب اليمين افضل * وفى البحر نقلا عن الفتاوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضى فى مجلسه ينبغى للقاضى ان يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الارض ثم يقضى بينهما انتهى وحكى ان ابا يوسف وقت موته قال اللهم انك تعلم انى لااميل الى احد الخصمين حتى القلب الافى خصومة النصرانى مع الرشيد لم اسو بينهما وقضيت على الرشيد ثم بكى (واقبالا ونظرا) لقوله عليه السلام اذا ابتلى احدكم بالقضاء فليسو بينهم فى الجلوس والنظر والاشارة ولا يرفع صوته على احد الخصمين دون الآخر ولان فى عدم التسوية تكسر قلب الآخر (ولا يسار احدهما ولا يشير اليه) اى لا يتكلم القاضى احد الخصمين سرا ولا يشير اليه بيده ولا برأسه ولا بعينه ولا بحاجبيه (ولا يضيفه) اى احد الخصمين (دون الآخر) وفيه اشارة الى انه لواضافهما معا فلا بأس به (ولا يضحك اليه) اى الى احدهما

(ولا يمزح معه) اى مع احدهما ولا يتلطف به (ولا يلقنه حجته) لان هذه الاشياء كلها تهمة و
عليه الاحتراز عنها ولان فيه كسر القلب الآخر (ويكره تلقينه) اى تلقين القاضى (الشاهد
بقوله اتشهد بكذا) لان الشاهد يستفيد من قول القاضى زيادة علم فتوجد اعانته وهى تهمة
(واستحسنه) اى التلقين (ابو يوسف فى غير موضع التهمة) لانه قد يقول اعلم مكان اشهد لمهابة
المجلس وهو نوع رخصة عنده * رجع اليه بعد ما تولى القضاء * والعزيمة فيما قالا لانه لا يخلو عن نوع تهمة
وفى الفتح وظاهر الجواب ترجيح ما روى عن ابى يوسف وفى القنية الفتوى على قول ابى يوسف
فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته واما افتاء القاضى فالصحيح انه لا بأس به فى مجلس القضاء
وغيره * لكن لا يفتى احد الخصمين * قيد بالشاهد لبيان انه لا يلقن المدعى بالاولى * وفى الخانية قال
امر القاضى رجلين ليعلماه الدعوى والخصومة فلا بأس به خصوصا على قول ابى يوسف (ولا
يبيع) القاضى (ولا يشترى فى مجلسه) اى مجلس القضاء * واطلقه فى البحر فقال * ولا فى غيره هو
الصحيح لان الناس يتساهلونه لاجل القضاء * هذا اذا كان يكفى المؤنة من بيت المال او يعامل من
بجانبه والا لا يكره ولو باع مال المديون او الميت لا يكره (ولا يمازح) لاذهابه هيبة القضاء (فان
عرض له) اى للقاضى (هم او نعاس او غضب او جوع او عطش او حاجة) حيوانية (كف عن
القضاء) قال عليه السلام لا يقضى القاضى وهو غضبان وفى رواية وهو شبعان ولانه يحتاج الى
التفكر وهذه الاعراض تمنع صحة التفكر فلا يؤمن عن الوقوع فى الخطأ ويكره له صوم التطوع
يوم القضاء لانه لا يخلو عن الجوع ولا يتعب نفسه بطول الجلوس ويقعد طرفى النهار واذا طمع
فى ارضاء الخصوم ردهما مرة او مرتين وان لم يطمع انفذ القضاء بينهما فان تأخيره بعد ما ثبت
ظلم * وفى التبيين وغيره القضاء واجب على القاضى بعد ظهور عدالة الشهود حتى لو امتنع يأثم
ويستحق العزل ويعزر و١٣ يكفر ان لم يعتقد افتراض القضاء بعد توفر شرائطه (واذا تقدم
اليه الخصمان فان شاء قال لهما) اى للخصمين (ما لكما وان شاء سكت) والسكوت احسن
كيلا يكون تهييجا للخصومة وقد قعد لقطعها (واذا تكلم احدهما اسكت الآخر) لانهما اذا
تكلما جملة لا يتمكن من الفهم

١٣ قال الكافى فيجئ لواخر القاضى الحكم عند قيام البينة بلا عذر قالوا انه يكفر بكذا * اطلقه منه

﴿ فصل ﴾

فى الحبس * لما كان الحبس من احكام القضاء وتعلق به احكام افرده فى فصل على حدة وهو مشروع
بالكتاب والسنة واجماع الامة (واذا ثبت الحق للمدعى وطلب) المدعى (حبس خصمه فان ثبت
بالاقرار لا يحبسه) او لم يعجل بحبسه اذ لم يعرف كونه مماطلا فى اول الوهلة فلعله طمع فى الامهال فلم
يستصحب المال الا اذا امره بالاداء فابى فح يحبسه لظهور المماطلة (وان ثبت) اى الحق الذى ادعاه ولو
دانقا (بالبينة حبسه قبل الامر بالدفع) ان طلب الخصم حبسه لظهور المطل بالانكار * وقال شريح
يحبسه من غير طلبه (وقيل لا) يحبس قبل الامر بالدفع لانه اذا ثبت بالبينة ربما تعلل به ويقول علمت
الا الساعة بخلاف الاقرار * لكن الاول مختار صاحب الهداية وهو المذهب وصفة الحبس ان
يكون فى موضع ليس به فراش ولا طاق ولا يمكن احدا ان يدخل عليه للاستيناس الا اقاربه
وجيرانه ولا يمكثون عنده طويلا ولا يخرج لجمعة وعيد ولا لجماعة ولا لحج فرض ولا لحضور

لجنازة ولو بكفيل كما في التبيين لكن في الخلاصة يخرج بالكفيل لجنازة الاصول والفروع وفي غيرهم لا يخرج وعليه الفتوى * ولا يخرج لوت قريبه الا اذا لم يوجد من يغسله ويكفنه فيخرج ح اقرابة الولاد * وفي رواية يخرج وان وجد من يجهزه ولا يضرب المحبوس لاجل الدين الا اذا امتنع من الانفاق على قريبه فيضرب * ولا يغل الا اذا خيف انه يفر فيقيد * ولا يجرد ولا يقام بين يدي صاحب الحق اهانة * وتعيين مكان الحبس للقاضي الا اذا طلب المدعي مكانا آخر (فان ادعى الفقر حبسه في كل ما لزمه بدل مال) ولا يلتفت الى قوله (كالثمن) اطلقه فشمل الاجرة الواجبة لانها ثمن المنافع وشمل ما على المشتري وما على البائع بعد فسخ البيع بينهما باقالة او خيار وشمل رأس مال السلم بعد الاقالة وما اذا قبض المشتري المبيع اولا كما في البحر (والقرض) لثبوت غنائه بحصول المال في الصورتين (او) لزمه (بالتزامه كالمهر المعجل) قيد بالمعجل لانه لا يحبس في المؤجل * ويصدق في الاعسار وعليه الفتوى * وفي الاصل لا يصدق في الصداق بلا فصل بين مؤجله ومعجله كما في البزازية (والكفالة) اذ الاقدام على الالتزام دليل اليسار في الصورتين ويتمكن المكفول له من حبس الكفيل والاصيل وكفيل الكفيل وان كثر * وفي الخانية رجح الاقتصار على الاول فقال وقال بعضهم ان كان الدين واجبا بدلا عما هو مال كالقرض وثمن المبيع فالقول قول مدعي اليسار * مروي ذلك عن الامام وعليه الفتوى وهو خلاف ما اختاره المص تبعا للهداية * وذكر في انفع الوسائل انه المذهب المفتى به فقد اختلف الافتاء فيما التزمه بعقد ولم يكن بدل مال والعمل على ما في المتون لانه اذا تعارض ما في المتون والفتاوى فالمعتمد ما في المتون * وكذا يقدم ما في الشروح على ما في الفتاوى * وقيل القول للمديون في الكل * وقيل للدائن في الكل وقيل يحكم ١٤ بالزي الا في الفقهاء والعلوية كما في البحر (لا فيما عدا ذلك) اي لا يحبس المديون فيما سوى تلك المذكورات كبدل الغصب وضمان المتلفات وارش الجنايات والسرقة والنفقة واعتاق الاماء المشتركات وبدل الكتابات ان ادعى المديون الفقر لان الاصل في الآدمي العسرة والمدعي يدعي امرا عارضا وهو الغناء فلم يقبل منه (الا اذا برهن خصمه ان له مالا و يحبسه) اي القاضي المديون ح (مدة يغلب على ظنه انه لو كان له) اي للمديون (مال لاظهره هو الصحيح) وذلك يختلف باختلاف الشخص والزمان والمكان والمال * فلا معنى لتقديره * وما جاء من التقدير بشهرين او ثلاثة او اربعة او خمسة او ستة او شهر اتفاق وليس بتقدير حتما (وقيل) يحبسه (شهرين او ثلاثة) والصحيح الاول لما بيناه * ولو قال المديون حلفه انه ما يعلم اني معسر يحبسه القاضي الى ذلك ويحلفه انه ما يعلم اعساره فان حلف حبسه بطلبه وان نكل لا يحبسه * والمراد من الغناء قدرته الآن على قضاء الدين فلو كان للمحبوس مال في بلد آخر يطلقه بكفيل * وان علم القاضي عسرته لكن له مال على آخر يتقاضى غريمه فان حبس غريمه الموسر لا يحبسه كما في البزازية * وفي البحر وظاهر كلامهم ان القاضي لا يحبس المديون اذا علم له مالا غائبا او محبوسا موسرا وانه يطلقه اذا علم باحدهما * ثم يسأل القاضي عن المحبوس بعد حبسه بقدر ما يراه من جيرانه فان قامت على اعساره اطلقه

١٤ الزي بالكسر الهيئة والجمع ازياء منه

ولا يحتاج الى لفظ الشهادة * وشرطه فى الصغير * والعدل الواحد يكفى والاثنان احوط *
وكيفيته ان يقول المخبران حاله حال المعسرين فى نفقته وكسوته وقد اختبرنا حاله فى السر
والعلانية * ولا يشترط لسماعها حضور رب الدين فان كان غائبا سمعها واطلقه بكفيل كذا فى
البزازية (فان لم يظهر له) اى للمحبوس (مال) بعد سؤاله عنه خلى سبيله اى خلى
القاضى سبيل المحبوس لان عسرته ثبتت عنده فاستحق النظرة الى الميسرة الآية فحبسه بعده
يكون ظلما (الا ان يبرهن خصمه على يساره) بشهادة عدلين انه موسر قادر على قضاء الدين ولا
يشترط تعيين المال (فيؤبد حبسه) لظهور انه يصر على ظلمه من منع حق اخيه فيجازى بتأبيد
حبسه (ولا تسمع البينة على اعساره قبل حبسه وعليه عامة المشايخ) هو الصحيح لان البينة
للاثبات لا للنفى الا اذا اقام المدعى عليه بعد زمان على العسرة فتقبل لان العسار بعد اليسار امر
عارض ايضا فيخليه القاضى بلا كفيل الا فى مال اليتيم ومال الوقف ومال الغائب فلا يطلقه
الا بكفيل كما فى المنح * وفى البزازية اطلق القاضى المحبوس لافلاسه ثم ادعى آخر مالا وادعى
انه موسر لا يحبسه حتى يعلم غناه (ويحبس الرجل لنفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع عن
الانفاق فلا يحبس فى النفقة الماضية لانها تسقط بمضى الزمان ولئن لم تسقط بان حكم الحاكم بها
او اصطلح الزوجان عليها فلانها ليست ببدل عن مال ولا الذمة بعقد (لا والد فى دين ولده) اى
لا يحبس اصل فى دين فرعه لانه لا يستحق العقوبة بسبب ولده سواء كان موسرا او معسرا لكن
ينبغى ان يقيده بشئ وهو انه اذا كان موسرا او امتنع من قضاء دين ولده * وقلنا لا يحبس فالقاضى
يقضى دينه من ماله ان كان من جنسه والا باعه للقضاء كبيعه مال المحبوس الممتنع عن قضاء دينه *
والصحيح عندهما بيع عقاره كمنقوله * ولو قال المديون ابيع عرضى واقضى دينى اجله القاضى
ثلاثة ايام * ولو له عقار يحبسه ليبيعه ويقضى الدين ولو بثمن قليل * قيد بدين الوالد لان الوالد
يحبس بدين اصله ويحبس القريب بدين قريبه كما فى البحر (الا ان ابى) الوالد (من الانفاق
عليه) اى على الولد فانه ح يحبس لان النفقة لحاجة الوقت وهو بالمنع قصد اهلاكه فيحبس لدفع
الهلاك عنه * وكذا المولى لا يحبس بدين عبده المأذون ان لم يكن على العبد دين ولا يحبس العبد لدين
المولى والمولى يحبس بدين مكاتبه اذا لم يكن من جنس بدل الكتابة وان كان من جنسه لا يحبس
ولا يحبس المكاتب بدين الكتابة ويحبس بدين آخر عليه (ولو مرض) المحبوس (فى الحبس
لا يخرج) من الحبس (ان كان له من يخدمه فيه) اى فى الحبس لانه شرع ليضجر قلبه فيتسارع
الى قضاء الدين وبالمرض يزداد ضجره (والا) وان لم يكن له من يخدمه فيه (اخرج) من الحبس
بكفيل لئلا يهلك كما لو مرض مرضا اضناه وهو مروى عن محمد وعليه فتوى * وعن ابى يوسف
لا يخرجه والهلاك فى السجن وغيره سواء (ولا يمكن المحترف من اشتغاله) بالحرفة (فيه) اى فى
الحبس (هو الصحيح) وقيل لا يمنع لان نفقته ونفقة عياله عسى يكون من ذلك * وفى القهستانى
ولا يواجره فى ظاهر الرواية * وعن ابى يوسف لو كان له عمل آخر وادى دينه بما سوى قوته
وقوت عياله (ويمكن من وطئ جاريته ان كان فيه) اى فى السجن (خلوة) قال الزيلعى وغيره

ان احتاج الى الجماع لايمنع من دخول امرأته اوجاريته عليه ان كان فى السجن موضع سترة لان اقتضاء شهوة الفرج كاقتضاء شهوة البطن * وقيل يمنع من الوطىء لانه من فضول الحوائج اه * فعلى هذا المناسب للمص ان لايقتصر على الجارية لانه لايمنع من دخول امرأته كذلك * تدبر (واذا تمت المدة) للحبس على الاختلاف (ولم يظهر له مال خلى سبيله) هذا تكرار * لكن ذكره توطئة لقوله (ولا يحول بينه وبين غرمائه) بعد خروجه من الحبس عند الامام (بل يلازمونه) لانهم منتظرون الى زمان قدرته على ايفاء * وذلك ممكن فى كل ساعة فيلازمونه كيلا يخفيه ولانه قد يكتسب فوق حاجة الدارة فيأخذون منه فضل كسبه (ولا يمنعونه من التصرف والسفر) تفسير للملازمة يعنى انهم يدورون معه اين دار ولا يمنعونه من التصرف والسفر كما فى العناية (ويأخذون فضل كسبه) بلا اختياره اويأخذه القاضى و (يقسم بينهم بالحصص) لاستواء حقوقهم فى القوة * لكن المديون لو آثر احد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك (والملازمة ان يدور وامعه حيث دار فان دخل داره) لايدخلون معه و (جلسوا على الباب) الى ان يخرج لان الانسان لابد ان يكون له موضع خلوة (ولو كان الدين لرجل على امرأة) والمسئلة بحالها (لايلازمها) لما فيه من الخلوة بالاجنبية (بل يبعث امرأة) امينة (تلازمها وقالا اذا فلسه الحاكم) اى اذا حكم بافلاسه (يحول بينه وبين غرمائه) اى يأمرهم ان يتركوا ملازمته (الى ان يبرهنوا ان له مالا) لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة وعند الامام لايتحقق القضاء بالافلاس * وفى قوله تعالى الى ان يبرهنوا الخ اشارة الى ان بينة اليسار تترجح على بينة العسار لانها اكثر اثباتا

فصل

فى كتاب القاضى * وانما اخره من الحبس لانه لما كان لايتحقق فى الوجود الا بقاضيين كان مركبا بالنسبة الى ماقبله والبسيط قبل المركب * وترك قوله الى القاضى كما فى اكثر الكتب لان هذا الفصل غير مختص به بل بين فيه السجل والمحضر والصك والوثيقة (اذا شهد وعند القاضى على خصم حاضر حكم) اى القاضى (بها) اى بشهادتهم لوجوده الحجة وشرط الحكم * وهو حضور الخصم * والمراد بالخصم الحاضر من كان وكيلا من جهة المدعى عليه او مسخرا * وهو من نصبه القاضى وكيلا عن الغائب ليسمع الدعوى عليه والا لو اراد بالخصم المدعى عليه لم تبق حاجة الى الكتاب الى القاضى الآخر لان الخصم حاضر عند القاضى وقد حكم عليه كما فى البحر وغيره * لكن لايخفى ما فيه من التكلف والاحسن ان يقال ان هذا توطئة لقوله وان شهدوا على غائب لايحكم وليس بمقصود بالذات ١٥ كما فى الدرر (وكتب) القاضى (بالحكم) لئلا ينسى الوقعة على طول الزمان وليكون الكتاب مذكرا لها والا فلا يحتاج الى كتابة الحكم لانه قد تم بحضور الخصم بنفسه او من يقوم مقامه (وهو) اى كتاب الحكم (السجل) الحكمى لانه سجله اى حكمه بالحكم * وفى المصباح السجل كتاب القاضى وسجل القاضى بالتشديد قضى وحكم واثبت حكمه فى السجل وفى البحر فالسجل الحجة التى فيها حكم القاضى * ولكن هذا فى عرفهم وفى عرفنا السجل كتاب كبير يضبط فيه وقائع الناس وما يحكم به القاضى ومايكتب عليه (وان شهدوا على) الخصم (الغائب) بان كان فى محلة

١٥ اى كما وقع فى هذا الاسلوب منه

اخرى او قرية او بلدة ويشرط فى ظاهر الرواية مسيرة السفر وعن ابى يوسف يجوز فيما لا يرجع فى يومه * وفى السراجية وعليه الفتوى (لا يحكم) لعدم جواز القضاء على الغائب عندنا ولو حكم به حاكم يرى ذلك ثم نقل اليه نفذه بخلاف الكتاب الحكمى حيث لا ينفذ خلاف مذهبه لان الاول محكوم به فلزمه والثانى ابتداء حكم فلا يجوز له كما فى التبيين * وهو يدل على ان الحاكم على الغائب اذا كان حنفيا فان حكمه لا ينفذ لقوله يرى ذلك وهو مقيد لان معنى قولهم ان القضاء على الغائب ينفذ فى ظهر الروايتين اذا كان القاضى شافعيا كما سيأتى (بل يكتب) القاضى (بها) اى بالشهادة الى قاض يكون الخصم فى ولايته (ليحكم) القاضى (المكتوب اليه) على وجه الخصم كيلا يكون قضاء على الغائب (وهو كتاب القاضى الى القاضى) وجه التسمية به ظاهر (والكتاب الحكمى) منسوب الى الحكم باعتبار مايؤل اليه (وهو نقل الشهادة فى الحقيقة) لان القاضى الكاتب لم يحكم بها وانما نقلها الى المكتوب اليه ليحكم بها ولهذا يحكم المكتوب اليه برأيه وان كان مخالفا لرأى الكاتب * بخلاف السجل فانه ليس له ان يخالفه وينقض حكمه اذا كان فى فصل مجتهد فيه او متفق عليه كما فى البحر * وفى المبسوط وغيره والقياس يأبى جواز العمل بكتاب القاضى الى القاضى لان القاضى الكاتب لو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه وعبر بلسانه عما فى الكتاب لم يعمل به القاضى فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير اذ الخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم الا انه جوز استحسانا لحاجة الناس اليه لما روى ان عليا جوزه لذلك وعليه اجمع الفقهاء (ويقبل فى كل مالا يسقط بالشبهة) احتراز عن الحدود والقود لان فيه شبهة البدلية عن الشهادة فيصير كالشهادة على الشهادة لان مبناهما على الاسقاط وفى قبوله سعى فى اثباتهما * قيل فيه شبهة التبديل والتزوير وهما يسقطان بالشبهات (كالدين) فانه يعرف بالقدر والوصف ولا يحتاج فيه الى الاشارة (والعقار) فانه ايضا يعرف بالتحديد (والنكاح) سواء ادعى الزوج او الزوجة * وكذا الطلاق ان ادعت على الزوج (والنسب) من قبل الحى او الميت لانه يعرف بذكر الاب والجد والقبيلة (والغصب) اذ فيه يلزم القيمة وهى دين (والامانة والمضاربة المجحودتين) لانهما كالمغصوبين حكما * قيدهما بالمجحودتين لان غير المجحودتين لا يحتاجان الى كتاب القاضى * وكذا الشفعة والوكالة والوصية والوفاة والوارثة والقتل الذى يوجب المال لان البعض منها يعرف بالقدر والوصف والبعض الآخر يعرف باحدهما * ولا يقبل الكتاب فى العين المنقول كالثوب والعبد والامة ونحوها فى ظاهر الرواية لحاجة الى الاشارة عند الدعوى والشهادة وروى عن ابى يوسف للقاضى ان يقبل ٢ فى العبد لان الاباق يغلب فيه لا فى الامة وعنه ايضا انه يقبل فى الامة كالعبد (و) روى (عن محمد قبوله فى كل ما ينقل وعليه المتأخرون) وفى البزازية والمتقدمون لم يأخذوا بقول الامام الثانى وعمل الفقهاء اليوم على التجويز فى الكل للحاجة (وبه يفتى) كما قال الامام الاسبيجابى وهو مذهب الائمة الثلثة (ولا بد ان يكون الى معلوم بان يقول من فلان الى فلان ويذكر نسبهما) بان يقول من فلان بن فلان الى فلان بن فلان وفى العناية ويشترط فيه العلوم الخمسة وهى : ان يكون من

٢ صورته ان يكتب انهم شهدوا عندى ان عبد فلان المسمى بفلان الذى حليته كذا وجبهته كذا ابق منه ووقع فى يد فلان منه

معلوم الى معلوم فى معلوم اى المدعى لمعلوم على معلوم اى المدعى عليه (فان شاء قال بعده) اى
بعد ان يقول الى فلان بن فلان (والى كل من يصل اليه) الكتاب (من قضاة المسلمين) حتى لا يبطل
بموت المكتوب اليه على ماسيجئ (ويقرأه) اى القاضى الكاتب الكتاب (على من يشهدهم
عليه) ليعرفوا مافيه لانهم يشهدون عند المكتوب اليه (ويعلمهم بمافيه) اى فى الكتاب ان لم يقرأ
اذ لاشهادة بدون العلم (وتكون اسمؤهم) اى اسماء شهود الطريق وكذا انسابهم (داخلة) فى
كتابه * وفى التبيين وغيره ويكتب فيه اسم المدعى والمدعى عليه على وجه يقع به التميز وذلك
بذكر جدهما او بذكر الحق فيه وبذكر شهود الاصل واسمائهم وانسابهم لاجل التميز ان شاءوا ان
شاءا كتفى بذكر شهادتهم * هذا اذا كان غير مشهور واما اذا كان مشهورا يكتفى باسمه المشهور
ويكتب العنوان فى داخل الكتاب حتى لو كان على الظ لا يقبل * قيل هذا فى عرفهم اما فى
عرفنا العنوان ان يكتب على الظ فيعمل به وفى الدرر ويكتب تاريخ الكتاب ولو لم يكتب
فيه التاريخ لا يقبله (ويختمه) اى الكاتب (بحضرتهم) اى بحضرة الشهود (ويحفظوا) اى
الشهود (مافيه) اى فى الكتاب لانهم يشهدون به (ويسلمه) اى الكتاب (اليهم) اى الى الشهود
دفعا لتهمة التغيير * وهذا عند الطرفين (وابو يوسف لم يشترط شيئا من ذلك) المذكور (سوى
اشهادهم انه كتابه لما ابتلى بالقضاء) وهو قول ابى يوسف آخرا * قيل اذا كان الكتاب فى يد المدعى
يفتى بان الختم شرط وان كان فى يد الشهود يفتى بانه ليس بشرط (واختار) الامام (السرخسى
قوله) اى قول ابى يوسف آخرا (وليس الخبر كالعيان) يعنى ان ابا يوسف قبل ان ابتلى بقضاء وعاين
مافيه قال فيه مثل ماقالا ولما ابتلى بالقضاء وعاين بمافيه قال جميع ذلك ليس بشرط تسهيلا على
الناس وان كان الاحتياط فيما قالا (واذا وصل) الكتاب (الى) القاضى (المكتوب اليه ينظر
الى ختمه ولا يقبله الا بحضرة الخصم) اى لا يأخذ الكتاب الا وقت حضور الخصم لانه
لالزامه كما فى الاختيار * لكن فى الذخيرة وغيره ان حضوره شرط قبول البينة على الكتاب
لا شرط قبول الكتاب (و) الا (بشهادة رجلين اورجل وامرأتين) لان الكتاب قد يزور
فلا يثبت الا بحجة تامة وايضا كتاب القاضى ملزم اذ يجب على المكتوب اليه ان ينظر فيه ويعمل به
ولا الزام الا ببينة (انه كتاب فلان) بن فلان (القاضى) والجملة مفعول قوله بشهادة * وفيه
اشعار بانه يسلم الكتاب الى المدعى كما ذهب اليه ابو يوسف (قرأه علينا) واخبرنا به (وختمه وسلمه
الينا فى مجلس حكمه) كل خبر بعد خبر * وفيه اشارة الى مذهب الطرفين (وعند ابى يوسف) يكفى
شهادة (انه كتاب فلان) القاضى (وختمه) ولا يشترط ان يقولوا اقرأه علينا وسلمه الينا فى مجلس
حكمه (وعنه) اى عن ابى يوسف (ان الختم ليس بشرط) فيكفيهم ان يشهدوا انه كتاب فلان
القاضى * لكن لا بد من اسلام شهوده بالاتفاق ولو كان لذمى على ذمى لانهم يشهدون على فعل
المسلم * وانما يحتاج اليهم اذا انكر الخصم كونه كتاب القاضى اما اذا اقر فلا حاجة الى الشهود
(فاذا شهدوا) سواء على ماقالاه او على ماقاله عند القاضى المكتوب اليه (فتحه) اى المكتوب
اليه الكتاب بعد ٢ ثبوت عدالة الشهود * كما فى الهداية * وهو الصحيح * وفى العناية الاصح ماقاله

٢ وفى التبيين اذا ثبت عدالتهم عنده يعنى بان كان يعرفهم بالعدالة او وجد فى الكتاب عدالتهم بان كان القاضى الكاتب قد كتب عدالتهم او سأل من يعرفهم من الثقات فزكوا واما قبل ظهور عدالتهم فلا يحكم به منه

محمد من تجويز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود وفى التبيين ولو وجد فى الكتاب ما يخالف شهادتهم رده (وقرأه على الخصم والزمه ما فيه) لانه ثبت عنده ما فى الكتاب الا ان يقول الخصم لست بفلان الذى شهدوا به واقام البينة ان فى هذه القبيلة اثنين بهذا النسب كما فى القهستانى (ويبطل الكتاب بموت) القاضى (الكاتب وعزله قبل وصول الكتاب) الى الثانى او بعد وصوله قبل ان يقرأ عليهم * وكذا بخروجه عن الاهلية كالجنون والفسق لان الخروج كالعزل والاخراج حكما لكونه واحدا من الرعايا فكتابه لا يقبل كخطابه لانتفاء الولاية الشرعية * وانما قلنا بعد وصوله قبل ان يقرأ عليهم لانه لو مات او عزل بعد ما قرأ الكتاب لا يبطل فى ظاهر الرواية ويحكم به المكتوب اليه على الصحيح * وقال ابو يوسف لا يبطل مطلقا سواء مات الكاتب او عزل قبل الوصول او بعده بل المكتوب اليه يقضى به وهو قول الائمة الثلثة (و) يبطل (بموت المكتوب اليه) وعزله (الا ان كتب بعد اسمه) اى اسم المكتوب اليه (والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين) فح لا يبطل لان الغير صار تبعا للمعروف المعين * بخلاف ما اذا كتب ابتداء كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا العدم لعدم التعريف * واجاز ابو يوسف حين ابتلى بالقضاء * وفى الخلاصة وعليه عمل الناس (لا) يبطل (بموت الخصم بل ينفذ على وارثه) اى وارث الخصم المتوفى لانه قائم مقامه * وكذا ينفذ على وصيه سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت الخصم او بعده * اطلق الخصم فشمل المدعى والمدعى عليه (واذا علم القاضى بشئ من حقوق العباد فى زمن ولايته ومحلها جاز له ان يقضى به) من غير شاهد حتى اذا علم القاضى ان زيدا غصب شيئا من المدعى يأخذه عن زيد ويدفعه الى المدعى * وهذا جواب رواية الاصول * وفى شرح مختصر الوقاية لابى المكارم وهل يقضى القاضى بعلمه فى حقوق العباد ثم اذا علم فى مصره حال قضائه * وعن ٣ محمد انه رجع عن هذا وقال يقضى بعلمه * وفى حدود هى حق الله كـالزنى والشرب لا يقضى بعلمه وفى القصاص وحد القذف يقضى به واذا علم بحقوق العباد قبل قضائه او فى غير مصره فحضر مصره ثم رفع الحادثة اليه فعند الامام لا يقضى بذلك العلم وعندهما يقضى * واختلف المشايخ على قوله سواء كان قاضيا على الرستاق او لم يكن ولو علم بحادثة فى مصره فعزل ثم اعيد فعنده لا يقضى وعندهما يقضى *

٣ وفى التجريد جعل محمدا مع الامام منه

﴿ فصل ﴾

قال فى النهاية قد ذكرنا ان كتاب القاضى اذا كان سجلا اتصل به قضاؤه يجب على القاضى المكتوب اليه امضاؤه اذا كان فى محل مجتهد فيه بخلاف الكتاب الحكمى فان الرأى له فى التنفيذ والرد فلذلك احتاج الى بيان تعداد محل الاجتهاد بذكر اصل يجمعهما وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به (ويجوز قضاء المرأة) فى جميع الحقوق لكونها من اهل الشهادة * لكن اثم المولى لها للحديث لم يفلح قوم ولوا امرهم امرأة (فى غير حد وقود) اذ لا يجرى فيهما شهادتها وكذا قضاؤها فى ظاهر الرواية * ولو قضت فى حد وقود فرفع الى قاض آخر فامضاه ليس لغيره ان يبطله كما فى الخلاصة واما قضاء الخنثى فيصح بالاولى وينبغى ان لا يصح فى الحدود والقود لشبهة الانوثة كما فى البحر (ولا يستخلف قاض) على القضاء ولا ينفذ قضاء خليفته ولو مريضا *

وقال الطحاوى انه نافذ فلا يبطله حاكم اعتبارا بالحكم (الا ان يفوض اليه ذلك) الاستخلاف بان قيل من قبل المقلدون من شئت* وفيه اشعار بانه يستخلف بالاذن دلالة كما فى القهستانى * فلو جعل قاضى القضاة كان له الاستخلاف لان معناه المتصرف فى القضاء تقليدا وعزلا* وفى الخلاصة الخليفة اذا اذن للقاضى فى الاستخلاف فاستخلف رجلا واذن له فى الاستخلاف جاز له الاستخلاف ثم وثم* فلو استخلف المأمور بالاستخلاف رجلا فقضى للقاضى الذى استنابه او ولد مستنيبه جاز قضاؤه ويقضى النائب بما شهدوا به عند الاصل وعكسه كما فى التنوير* لكن فى البزازية لا يقضى القاضى بالحرمة الغليظة بكلام النائب اما النائب يقضى بكلام القاضى اذا اخبره (بخلاف المأمور بالجمعة) فانه يستخلف لكونها على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا فى استخلاف دلالة ولا كذلك القضاء (واذا استخلف المفوض اليه) الاستخلاف (فنائبه لا ينعزل بعزله) اى بعزل المفوض اليه اياه لانه صار نائبا على الاصيل الا اذا فوض اليه ذلك بان قيل له من قبل السلطان استبدل من شئت فح يجوز له العزل (ولا) ينعزل (بموته) اى بموته المفوض اليه (بل هو نائب الاصيل) حقيقة* وفيه اشارة الى ان نائب القاضى انعزل بموته كما فى هداية الناطفى ولم ينعزل عند كثير من المشايخ والى ان قاضى امير الناحية انعزل بموته بخلاف موت الخليفة حيث لا ينعزل القاضى كما لا ينعزل امراؤه* وفى الفواكه البدرية ونائب القاضى فى زماننا ينعزل بعزله وبموته فانه نائبه من كل وجه وفى المحيط اذا عزل السلطان انعزل نائبه بخلاف ما لو مات القاضى حيث لا ينعزل نائبه هكذا قيل* ولا ينعزل القاضى اذا عزل السلطان ما لم يصل الخبر اليه كالوكيل ولا ينعزل بعزل نائب القاضى* والقاضى اذا قال عزلت نفسى او اخرجت نفسى وسمع السلطان ينعزل والا لا* وقيل لا ينعزل اصلا لانه نائب عن العامة فلا يملك عزله (وغير المفوض) اليه الاستخلاف (ان قضى نائبه بحضرته او) قضى (بغيبته فاجازه) الاصيل عند استماعه (جاز) قضاؤه اذا كان المستخلف اهلا للقضاء لان الحق حصول رأى الاول وقد وجد (كما فى الوكالة) اى كالوكيل بالبيع والشراء اذا وكل غيره فباشر وكيله بحضرته او بغيبته فاجاز عمله جاز (واذا رفع الى القاضى حكم قاض آخر فى امر اختلف فيه الصدر الاول) قيل هو زمان الصحابة والتابعين* وقيل المراد ما يعم من الصحابة والفقهاء المجتهدين فى الاصح (امضاه) القاضى المرفوع اليه سواء كان موافقا لرأيه او مخالفا لان القضاء متى لاقى مجتهدا فيه ينفذ ولا ينقض باجتهاد آخر لان اجتهاد الثانى كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به ولا ينقض بما دونه (ان لم يخالف الكتاب) كالقضاء بحل متروك التسمية عمدا اذ هو مخالف لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه كما فى المنح وغيره لكن الاحسن ان يمثل القضاء بتقديم الوارث على المديون فان الاول نافذ عند الطرفين كما فى القهستانى (او السنة المشهورة) كالقضاء بحل المطلقة الثلثة بنكاح الثانى بلا وطئ اذ هو مخالف للحديث المشهور وهو حديث العسيلة (او الاجماع) كالقضاء بحل متعة النساء لاتفاقهم على فساده* ويشترط ان يكون القاضى عالما باختلاف الفقهاء حتى لو قضى بفصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك واتفق وقوع

قضائه في موضع الاجتهاد لايجب على الثاني تنفيذه* وقال شمس الائمة هذا هو ظاهر المذهب لكن في الخلاصة ان هذا الشرط يعني كونه عالما بالاختلاف وان كان ظاهر المذهب لكن يفتى بخلافه اهـ* فينبغي ان يعمل بما في الخلاصة في زماننا لان قضاة زماننا غالبا لامعرفة لهم بمذاهبهم فضلا عن علمهم بمذاهب بقية المجتهدين* وفي البحر تفصيل فليراجع (وما اجتمع عليه الجمهور لايعتبر فيه خلاف البعض) كالحكم بجواز بيع درهم بدرهمين لان هذا حكى عن ابن عباس لكن الصحابة انكروا وردوا عليه* قيل في اصول الفقه يعتبر باختلاف الاقل في مقابلة اتفاق الاكثر لان واحدا من الصحابة ربما خالف الجمع الكثير ولم يقولوا نحن اكثر منكم* يقال لا مخالفة بين القولين لان المذكور في الكتاب خلاف وفي الاصول اختلاف فافترقا وذلك ان واحدا منهم اذا خالفهم ان جوزوا له يكون اختلافا وان لم يجوزوا يكون خلافا وفي المنح نقلا عن شرح الادب لو قضى في موضع الاختلاف يجوز وفي موضع الخلاف لايجوز* اراد بالاول ما كان فيه خلاف معتبر كالخلاف بين السلف واراد بموضع الخلاف ما لم يكن معتبرا ولم يعتبر خلاف الشافعي وقيل الخلاف عبارة عن القول المهجور لكونه مقابلا لقول الجمهور وقيل الخلاف قول بلا دليل مقرر والاختلاف قول بدليل معتبر وقيل الخلاف من آثار البدعة والاختلاف من آثار الرحمة (والقضاء بحل او حرمة ينفذ ظاهرا) اى فيما بيننا (وباطنا) اى فيما عند الله عند الامام (ولو) وصلية (بشهادة زور اذا ادعى بسبب معين) من العقود والفسوخ كالنكاح والطلاق والبيع والشراء والاقالة والرد بالعيب والنسب وفي الهبة والصدقة روايتان (وعندهما لاينفذ باطنا بشهادة الزور) وان نفذ ظاهراً وهو قول زفر والائمة الثلاثة* ثم فرع بقوله (فلو اقامت بينة زور انه تزوجها وحكم به حل لها تمكينه) اى اذا ادعت المرأة على الرجل انه تزوجها فاقامت على ذلك بينة زور وقضى القاضي بها حل له وطؤها وحل لها تمكينها من الوطئ عند الامام لما روى ان عليا قضى بالنكاح بين رجل وامرأة بشهادة الشاهدين فقالت ياامير المؤمنين ان لم يكن بد فزوجني فقال علي شاهداك زوجاك ولم يلتفت لقولها من تجديد النكاح مع كون الشهود زورا بدلالة القصة بناء على ان حكم القاضي بمنزلة انشاء عقد صحيح ولان القاضي مكلف بحسب الوسع فيجب التعديل عليه اذا لوقوف على حقيقة الصدق متعذر بخلاف الحكم بشادة الكفار والعبيد والحكم على نكاح المنكوحة والمعتدة اذ الوقوف على هذه الاشياء ممكن ولايلزم الايجاب والقبول في انشاء القاضي بالحكم* وكذا لايلزم حضور الاثنين في خصوص النكاح كما قيل لان ما ثبت في صحة القضاء تثبت اقتضاء لاصريحا فلا تراعى شرائطه (خلافا لهما) لان الشهادة الزور حجة في الظاهر فيكون القضاء بقدر الحجة ولايكون حجة في الباطن فلا يحل لها ذلك عندهما* وقال ابو الليث الفتوى على قولهما واثم الشاهدان اثما عظيما ولابد في المسئلة من زيادة قيد وهو ان لايكون في المحل مانع لانشاء العقد لان قضاءه فيما ليس له ولاية انشائه اصلا لايفيد الحل بالاجماع* وفي القهستاني اذا قضى القاضي بشهود زور انه طلقها ثلاثا ثم تزوجت بزوج بعد العدة فانه يحل له الوطئ ظاهرا وباطنا عند الامام وان علم ان الزوج

لم يطلقها لا يحل للاول ظاهرا وباطنا واما عندهما فيحل له ولا يحل للثانى اذا علم وعن ابى يوسف انه يحل للاول سرا* وعن محمد يحل مالم يدخل بها الثانى (وفى لا املاك المرسلة) اى المطلقة وهى التى لم يذكر فيها سبب معين (لا ينفذ باطنا اتفاقا) لعدم احتمال الانشاء فى نفس الملك بدون السبب كما فى الصريح كمن ادعى امة انها ملكه مطلقا ولم يقل اشتريتها مثلا واقام على ذلك بينة زور وقضى القاضى بها لا يحل له وطؤها بالاجماع (والقضاء فى مجتهد فيه ٤ بخلاف رأيه) والباء فى قوله بخلاف متعلق بالقضاء (ناسيا او عامدا لا ينفذ عندهما) لانه قضاء بما هو خطأ عنده (وبه يفتى) كما فى المحيط والهداية (وعند الامام ينفذ لو) قضى (ناسيا وفى العمد روايتان عنه فى رواية لا ينفذ وفى رواية ينفذ لانه ليس بخطأ بيقين* ففى الخانية اظهر الروايتين عن الامام نفاذ قضائه وعليه الفتوى وفى الفتح فقد اختلف فى الفتوى والوجه فى هذا الزمان ان يفتى بقولهما لان التارك لمذهبه عمدا لا يفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل واما الناسى فلان المقلد انما ولاه ليحكم بمذهب ابى ح فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم كما لو امر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة يجب عليه عدم سماعها ولو سمعها وقضى لا ينفذ لانه لا يصير قاضيا بالنسبة الى تلك الحادثة كما فى المنح* واصل الخلاف فيما اذا وقع الخلاف فى قضية فى عصر ثم اجمع العلما على احد القولين فى عصر آخر هل يرتفع الخلاف المتقدم ام لا فعنده يرتفع وعندهما لا يرتفع فيكون الخلاف باقيا على حاله (ولا يقضى القاضى) اى لا يصح قضاؤه (على غائب) ولا يقضى له عندنا لان القضاء بالبينة وهى لم تعمل الا اذا سلمت عن الطعن والطاعن غائب خلافا للشافعى وفى البزازية قضى للغائب او عليه لا يصح الا ان يكون عند خصم حاضر قال صاحب البحر فلذا فسرنا بعدم الصحة والاولى ان يفسر بعدم النفاذ لقولهم اذا نفذه قاض آخر يراه فانه ينفذ واختلف الصحيح فى نفاذه فقيل لا ينفذ وقيل ينفذ ورجح الاول فى الفتح وانه لا بد من امضاء قاض آخر لان الاختلاف فى نفس القضاء قال ظهير الدين فى نفاذ القضاء على الغائب روايتان ونحن نفتى بعدم النفاذ كيلا يتطرقوا الى ابطال مذهب اصحابنا والقائل بان الفتوى على النفاذ خواهر زاده لكن اشتبه على كثير ان قولهم الفتوى على النفاذ اعم من كون القاضى شافعيا يراه او حنفيا لا يراه والظاهر انه انما هو فى حق من يراه لاجماع الحنفية على انه لا يقضى على غائب كما ذكر الصدر ولو كان اعم لزم هدم مذهبنا (الا بحضرة نائبه) استثناء من قوله لا يقضى على غائب اى لا يصح قضاؤه على الغائب وله الا ان يحضر من يقوم مقامه (حقيقة كوكيله) وابيه ووصى الميت ومتولى الوقف وفيه اشارة بان القاضى انما يحكم على الغائب وعلى الميت ويكتب فى السجل انه حكم على غائب بحضرة وكيله وعلى الميت بحضرة وصيه (او شرعا) عطف على قوله حقيقة اى باقامة الشرع عنه (كوصى نصبه القاضى) كما اذا كان المدعى عليه ميتا وله صغير قد نصب وصيا (او حكما) لمن يقوم مقامه من حيث الحكم (بان كان ما يدعى على الغائب سببا) ٥ لازما (لما يدعى على الحاضر) من نحو الملك كما اذا ادعى دارا على حاضر انه اشتراها من الغائب فانه ان صدقه الحاضر لا يسلمها القاضى الى المدعى فانه

٤ قيل المراد بخلاف الرأى خلاف اصل المذهب الحنفى اذا حكم على مذهب الشافعى مثلا واما حكم الحنفى كمذهب الامامين من اصحاب الامام ليس حكما بخلاف رأيه منه

٥ وقيد السبب بقولنا لازما احترازا عما اذا كان سببا فى وقت دون وقت فان الحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب كما اذا قال رجل لامرأة ان زوجك فلان الغائب وكلنى ان احملك اليه فقالت انه كان طلقنى ثلثا واقامت على ذلك بينة قبلت بينتها فى قصر يده عنها لا فى حق اثبات الطلاق على الغائب منه

قضاء على الغائب * وهذا حيلة لدفع دعوى الخارج وان انكره الحاضر فاقام بينة عليه قضى
القاضي بها عليه * وهذا قضاء على الغائب ايضا ولذا لو حضر وانكر لا يحتاج الى اعادة البينة
فالحاضر ينتصب خصما عند ابو حنيفة * وكذا لو ادعى على الحاضر شفعة دار بشرائه من الغائب
او ادعى عليه الكفالة بان له على فلان الغائب كذا وهذا كفيل عنه بامره يقضى القاضي على الحاضر
والغائب ولو لم يقل بامره لا يقضى على الغائب وكذا لو ادعى حد القذف على قاذفه فقال القاذف
انا عبد وقال المقذوف اعتقك مولاك وبرهن عليه قضى عليهما او ادعى المشهود عليه ان الشاهد
عبد لفلان فبرهن المدعى ان المالك الغائب اعتقه يقبل ويقضى عليهما وهي حيلة اثبات العتق
على الغائب ولو قال القاذف ان ام المقذوف امة فلان وقد قذفه بابن الزانية فاقام المقذوف بينة على
ان امه بنت فلان القريشية نقضى القاضي بالحد فهو قضاء بالنسب ايضا كما في اكثر الشروح لكن
لا يخفى ان كون امه بنت فلان القريشية لا ينافي كونها امة لجواز ان امها امة فيكون امة تبعا للام
تدبر * وفي البحر والمنح نظائر كثيرة فليراجع اليهما (فان كان) ما يدعى على الغائب * والاولى وان
كان بالواو (شرطا) لما يدعيه على الحاضر (لا يصح) ولا يكون الحكم على الحاضر حكما على
الغائب * هذا قول عامة المشايخ * وبعض المتأخرين على ان الشرط كالسبب لجامع التوقف * و
اطلق ذكر الشرط كما في الهداية * لكن في الكافي ان الاصح هو ان الشرط ان تضمن ضرر
الغائب لا يعطى له حكم السبب قال قاضيخان وهو الصحيح كما اذا قال لامرأته ان طلق فلان
زوجته فانت طالق فاقامت بينة ان فلانا طلق زوجته لا تقبل بينتها في الاصح وان لم يتضمنه فهو
كالسبب كما لو علق طلاق امرأته بدخول فلان الدار فاقامت البينة على الدخول تقبل بينتها و
في المنح واما حيل اثبات طلاق الغائب المذكورة في الفصول وغيره فكلها على الضعف من
ان الشرط كالسبب فمنها حيلة الكفالة بمهرها معلقة بطلاقه ومنها دعواها كفالة بنفقة العدة معلقة
بالطلاق * ومع هذا لو حكم بالحرمة نفذ لاختلاف المشايخ (ويقرض القاضي مال اليتيم) و
كذا مال الوقف والغائب لقدرته على استخراجه متى شاء مع حصول منفعة الحفظ لكونه مضمونا
على المستقرض (ويكتب ذكر الحق) اي يكتب الصك لذكر الحق مخافة النسيان لكثرة اشتغاله
* قال المولى سعدي فيه اشارة الى ان انتصاب ذكر الحق علم لكونه مفعولا له ليكتب وعندي
ان قوله ذكر الحق علم للصك (ولا يجوز ذلك) اي الاقراض (للوصي) بالاتفاق لعدم
قدرته على الاستحصال حتى لو اقرض يضمن (ولا للاب في الاصح) وفي المنح وفي الاب
روايتان اظهرهما كالوصي وهو الصحيح كما في الخانية * وفي الخلاصة والخزانة الصحيح ان الاب
كالقاضي فقد اختلف الصحيح والمعتمد ما في المتون ويستثنى من عدم جواز اقراض الاب والوصي
على المعتمد اقراضه للضرورة كخوف ونهب فيجوز اتفاقا * وفي التنوير ولو قضى القاضي
بالجور فالغرم على القاضي في ماله ان قضى بذلك متعمدا واقر به ولو قضى خطأ فعلى المقضى له

فصل

في التحكيم هذا من فروع القضاء وتأخيره ان الحكم ادنى مرتبة من القاضي
لاقتصار حكمه على من رضي بحكمه وعموم ولاية القاضي * وهو مشروع بالكتاب

والسنة والاجماع (ولو حكم) من باب التفعيل (الخصمان من يصلح قاضيا) بكونه اهلا للشهادة فلو حكما عبدا او صبيا او ذميا او محدودا فى قذف لم يصح وتشترط الاهلية وقت التحكيم ووقت الحكم فلو حكما عبدا فعتق او صبيا فبلغ او ذميا فاسلم ثم حكم لا ينفذ حكمه * ولو حكم الذميان ذميا جاز لانه من اهل الشهادة فى حقهم * ويشترط ان يكون الحكم معلوما فلو حكما اول من يدخل المسجد لم يجز اجماعا للجهالة (ليحكم بينهما صح) الحكم لانهما التزما ورضيا به او لا يتهما على انفسهما (ونفذ حكمه) اى حكم المحكم (عليهما ببينة او اقرار او نكول) ليكون موافقا لحكم الشرع * بخلاف حكمه بعلمه فانه لا ينفذ (و) نفذ (اخباره) اى اخبار المحكم (باقرار احد الخصمين) بان قال لاحدهما قد اقررت عندى لهذا بكذا او قضيت عليك (و) نفذ اخباره (بعدالة الشاهد) بان قال لاحدهما قامت عليك بينة فعدلت عندى فحكمت لذلك (حال ولايته) اى بقاء تحكيمهما لان الاخبار بالاقرار او العدالة مقيد لوقوعه قبل قوله حكمت مثلا فيصير الاخبار قبل الانعزال بالحكم وتقوم مقام شهادة رجلين قياسا على سائر القضاء بخلاف اخباره بحكمه لانقضاء ولايته كالقاضى المعزول (و ٦ لكل منهما) اى من الخصمين (ان يرجع قبل حكمه) لانه مقلد من جهتهما فكان لكل منهما عزله وهو من الامور الجائزة فينفرد احدهما بنقضه كما ينفرد احد العاقدين فى مضاربة وشركة ووكالة اذا لم يكن الوكالة بالتماس الطالب (لا بعده) اى لا يصح الرجوع بعد حكمه لانه صدر عن ولاية عليهما كالقاضى اذا قضى ثم عزل لا يبطل قضاؤه (واذا رفع حكمه) اى حكم المحكم (الى قاض امضاه ان وافق مذهبه) لعدم الفائدة فى نقضه ثم فائدة هذا الامضاء ان لا يكون لقاض آخر يرى خلافه نقضه اذا رفع اليه لان امضاءه بمنزلة قضائه (والا) اى وان لم يوافق مذهبه (نقضه) اى لم يمضه لانه حكم لم يصدر عن ولاية عامة فلم يلزم القاضى اذا خالف رأيه (ولا يصح التحكيم فى حد) اذ فيه حق الله (وقود) لانهما لا يملكان اباحة دمهما فلا يجوز حكم المحكم فيهما لتوقف حكمه على صحة تحكيمهما * وقيل ان حكمه بمنزلة الصلح فيما يجوز فيه الاستيفاء بالصلح واستيفاء الحد والقود غير مشروع بالصلح فلا يجوز التحكيم فيهما (ويصح) التحكيم (فى سائر المجتهدات) وغيرها الذى هو الثابت بالكتاب والسنة او الاجماع بالطريق الاولى (قالوا) اى مشايخنا (ولا يفتى به) اى بالتحكيم (دفعا لتجاسر العوام) وفى البحر واعلم ان معنى قولهم لا يفتى به لا يكتب على الفتوى ولا يجاب باللسان بالحل وانما يسكت المفتى كما افاده فى الفتوى الصغرى بقوله نكتم هذا الفصل لا نفتى به وظاهر الهداية ان معناه ان المفتى يجيب بقوله لا يحل فليتأمل فيه اه (ولو حكماه فى دم خطأ فحكم بالدية على العاقلة لا ينفذ) لان حكم المحكم لا ينفذ فى حق غير المحكمين ولا ينفذ اذا فى حق العاقلة لانهم ما رضوا بحكمه كما لو حكماه فى عيب مبيع فقضى برده ليس للبائع ان يرده على بائعه الا ان يرضى البائع الاول والثانى والمشترى بتحكيمه * قيد بكونها على العاقلة لانه ينفذ فيه على القاتل من ماله اذا اقر بالقتل خطأ وان لم يقر به لا ينفذ الحكم عليه بها لكونه مخالفا للنص وهو قوله عليه السلام للاولياء قوموا ٧ فدوه (ولا يصح حكم الحكم ولا المولى) اى القاضى من جهة

٦ وفى الدرر فان قيل التحكيم يثبت باتفاقهما فينبغى ان لا يصح الاخراج الا باتفاقهما * قلنا شرط وجود الشئ لا يجب ان يكون بجميع اجزائه شرطا لبقاء ذلك الشئ كما فى البناء اه * وفيه كلام تتبع منه

٧ دوا جمع امر من الدية مفرده دمثل ق بعد الاعلال منه

السلطان(لابويه) وان علا(وولده) وان سفل(وزوجته) لانه يتهم بحكمه لهم(ويصح) حكمهما (عليهم) كالشهادة حيث لاتجوز لهم وتجوز عليهم (ويصح لمن ولاه وعليه) لان من جازشهادته له وعليه جازقضاؤه له وعليه

مسائل شتى

جمع شتيت اى متفرقة من كتاب القضا* وهو هنامرفوع على الوصفية للمسائل والمسائل خبر لمبتدأ محذوف تقديره هذه مسائل شتى *فاذا قلت جاءنى القوم شتى نصبت على الحال اى متفرقين (ليس لذى سفل عليه) اى على السفل (علو لغيره ان يتد) اى لايدق وتدا (فى سفله او ينقب كوة) بضم الكاف وتشديد الواو وهى الطاقة*وفى الديوان بالفتح الروزن *وفى البحر بفتح الكاف نقب البيت ويجمع على كوى بالكسر وقديضم الكاف فى المفرد والجمع ويستعار لمفتح الماء الى المزارع والجداول وفى الصحاح ان الجمع يمد ويقصر* (بلا رضى ذى العلو ولا لذى العلو ان يبنى عليه) او يضع جذعا مالم يكن قبل او يحدث كنيفا بلا رضى ذى سفل عند الامام لكونه من اسباب الضرر فيمنع القاضى (وعندهما لكل منهم) اى لكل من صاحب السفل والعلو (فعل مالاضرر فيه بلا رضى الآخر) اذهو تصرف فى ملكه (وقيل قولهما تفسير لقوله) اى لقول الامام لانه انما يمنع مافيه ضرر ظاهر اذ مالاضرر فيه فلاخلاف بينهم* وقيل بل بينهما خلاف *وهو فى محل وقوع الشك *فالاشك فى عدم ضرره كوضع مسمار صغير يجوز اتفاقا * ومافيه ضرر ظاهر كفتح الباب ينبغى ان يمنع اتفاقا* ومايشك فى التضرر به كدق الوتد فى الجدار او السقف فعندهما لايمنع لان الاصل هو الاباحة لانه تصرف فى ملكه وهو يقتضى الاطلاق والاصل عنده الحظر لانه تعلق به حق محترم للغير والاطلاق يعارضه الرضى فاذا اشكل لايزول المنع على انه لايعرى من نوع ضرر بالعلو من توهين البناء اونقضه فيمنع عنه * ولذا لايملك صاحب السفل ان يهدم كالجدار والسقف فكذا نقضه * وقول الامام قياس* وهل يمنع صاحب العلو من التصرف فى العلو* اختلف المشايخ على قول الامام قال صدر الشهيد المختار انه اذا اشكل انه يضر ام لا لايملك واذا علم انه لايضر يملك * وفى البحر * لوانهدم السفل بغير صنع صاحبه لايجبر على البناء لهدم التعدى ولصاحب العلو ان يبنى ان شاء ويبنى عليه علوه ثم يرجع ويمنعه من الانتفاع والسكنى حتى يدفع اليه لكونه مضطرا * (وليس لاهل ٨زائغة) اى سكة (مستطيلة) صفة لزائغة اى طويلة (تنشعب) اى تتفرع (منها) اى من الزائغة المستطيلة (مستطيلة غير نافذة) الى موضع آخر ولاله طريق غير طريق الزائغة المستطيلة (فتح باب) فى حائط دارهم (فى) السكة (المنشعبة) لان فتحه للمرور وليس لهم حق المرور بل هو مختص باهل السكة المنشعبة لانها ملك لها باجزائها * فمن اراد من اهل السكة الاولى فتح باب فقد اراد ان يتخذ طريقا فى ملك الغير ويحدث لنفسه حق الشفعة فيها فيمنع من قبل القاضى الا ان يكون صغيرا للريح او الضوء فلا يمنع (وفى النافذة) المنشعبة (ومستديرة) التى (لزق طرفاها) يعنى سكة فيها اعوجاج حتى بلغ عوجها رأس السكة غير نافذة (لهم) اى لاهل السكة الاولى (ذلك) اى فتح باب فى المنشعبة اما النافذة فلان المرور حق العامة وهم من جملتهم واما المستديرة التى

٨من زاغت الشمس اذا مالت وسمى المحلة والسكة زائغة لميلها من طرف الى طرف* وفى التهذيب الزائغة الطريق الذى حاد عن الطريق الاعظم منه

تصل طرفاها بها فلانها سكة واحدة من اولها الى آخرها فكان الصحن مشتركا بين جميع اهل السكة حتى لو بيعت دار فى المستديرة تكون الشفعة لجميع اهل السكة * قيل هذا اذا كانت مثل نصف دائرة او اقل اما اذا كانت اكثر من ذلك لا يفتح اهل الاولى بابا فيه لكونها سكة على حدة (ومن ادعى هبة فى وقت) يعنى ادعى رجل شيئا فى يد رجل انه وهبه له وسلمه اليه فى وقت كذا (فسئل بينة) اى فسأله القاضى بينة لانكار المدعى عليه (فقال) المدعى (جحدنى) المدعى عليه (الهبة فاشتريته منه اولم يقبل) المدعى (ذلك) اى جحدنى الهبة (فبرهن على الشراء بعد وقت الهبة يقبل) برهانه فى الفصلين لان المدعى فى الحقيقة هو الشراء بعد الهبة (ولو) برهن على الشراء (قبله) اى قبل وقت الهبة (لا يقبل) برهانه كما لو ادعى اولا انها اى الدار مثلا وقف عليه ثم ادعاها لنفسه او ادعاها لغيره ثم ادعاها لنفسه فانه لا يقبل بخلاف ما لو ادعى الملك اولا ثم ادعى الوقف او لغيره فانه يقبل * والفرق ان التوفيق فى الوجه الاول ممكن فلا يتحقق التناقض لجواز ان يقول وهب لى منذ شهر ثم جحدنى الهبة فاشتريته منه منذ اسبوع * وفى الوجه الثانى لا يمكن التوفيق فيتحقق التناقض لان دعوى الهبة اقرار بان الموهوب ملك الواهب قبل الهبة فلا تقبل دعوى الشراء قبل وقت الهبة * وفى التبيين ولو لم يذكر لهما تاريخا او ذكر لاحدهما ينبغى ان يقبل بينته لان التوفيق ممكن بان يجعل الشراء متأخرا وفى البحر وفى قوله جحدنى الهبة اشارة الى انه لابد من توفيقه (ومن ادعى ان زيدا اشترى جاريته فانكر زيد وترك هو) اى المدعى (خصومته حل له) اى للمدعى (وطؤها) اى وطؤ الجارية وكان الظاهر ان لا يجوز لاقراره بملك الغير * وجه الجواز ان المشترى لما جحد الشراء كان جحوده للبيع فسخا من جهته اذ الفسخ رفع العقد من الاصل والجحود انكار العقد من الاصل * وبهذه المشابهة جعل الجحود مجازا عن الفسخ لما فى التنوير جحود ماعدا النكاح فسخ فلو جحد انه تزوجها ثم ادعاه وبرهن يقبل برهانه بخلاف البيع (ومن اقر بقبض عشرة) دراهم من رجل (وادعى انها) اى العشرة (زيوف او نبهرجة صدق) مع يمينه لان الدراهم تقع عليهما اطلاقه فشمل ما اذا بين ذلك موصولا او مفصولا (لا) يصدق (ان ادعى انها ستوقة) لان اسم الدراهم لا تقع عليها * وقال صاحب المنح ولو ادعى انها ستوقة لا يصدق ان كان البيان منه مفصولا وصدق ان كان البيان منه موصولا (ولا) يصدق (ان اقر بقبض الجياد او حقه او لثمن او بالاستيفاء) لان الاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام ثم فى قوله قبضت دراهم جيادا لا يصدق فى دعواه الزيوف مطلقا سواء كان موصولا او مفصولا وفيما اذا اقر انه قبض الثمن او حقه او استوفى ثم ادعى انها كانت زيوفا ينظر فان كان مفصولا لا يصدق وان كان موصولا يصدق لامكان التأويل * فالحاصل انه ان كان موصولا صحيح فى الكل * والتفصيل فى المفصول والفرق ان فى المسائل الثلاث اقر بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى كان استثناء البعض من الكل فصح موصولا كقوله له على الف الا مائة * اما اذا اقر بقبض عشرة جياد فقد اقر بكل منهما بلفظ على حدة فاذا قال

الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة كقوله على مائة درهم ودينار الا دينارا كان باطلا وان كان موصولا كما في البحر نقلا من النهاية * نعلى هذا يلزم لاص التفصيل تدبر (والزيف ما يرده بيت المال) للقصور في الجودة الا انه مقبول بين التجار (والنبهرجة ما يرده التجار ايضا) اى كما يرده بيت المال للرداءة ومقبولة عند بعض الناس (والستوقة ما غلب غشه) اى ظاهرها فضة ووسطها نحاس او رصاص وهى معرب ستوية * قيد بدعوى المقر لانه لو اقر بقبض دراهم معينة ثم مات فادعى وارثه انها زيوف لم تقبل * وكذا اذا اقر بالوديعة او المضاربة او الغصب ثم زعم انها زيوف لم يصدق الوارث * وفي التنوير اقر بدين ثم ادعى ان بعضه قرض وبعضه ربوا وبرهن عليه قبل برهانه (ومن قال لمن اقر له بالف ليس لي عليك شئ) او قال بل هو لك او لفلان (ثم قال) له (في مجلسه) ذلك (نعم لي عليك الف لا يقبل منه بلا حجة) لان الاقرار قد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق الخصم بخلاف ما لو كذب من قال له اشتريت مني هذا ثم صدقه فانه يصح لان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد والمعنى انه حقهما فبقى العقد فعمل التصديق * اما المقر له ينفرد برد الاقرار فافترقا كما في الهداية * لكن اورد يعقوب باشا في حاشيته سؤالا وجوابا في هذا المحل فليطالع (ومن قال لمن ادعى عليه مالا ما كان لك على شئ قط فبرهن) المدعى (عليه به فبرهن هو) اى المدعى عليه (على القضاء او الابراء قبل) برهانه * وقال زفر لا يقبل لان القضاء يكون بعد الوجوب وكذا الابراء وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شئ فيثبت ظاهرا ثم يقضى كما يقبل برهانه لو ادعى القصاص على آخر فانكر المدعى عليه فبرهن المدعى على ما ادعاه من القصاص ثم برهن المدعى عليه على العفو او الصلح عن القصاص على مال * وكذا في دعوى الرق بان ادعى عبودية شخص فانكر فاقام المدعى بينة على دعواه ثم ادعى المدعى عليه اعتاقه واقام بينة تقبل (وان زاد على انكاره ولا اعرفك) او لا رأيتك او لا جرى بيني وبينك معاملة او مخالطة او ما اجتمعت معك في مكان (فلا) يقبل برهانه على القضاء او الابراء لتعذر التوفيق بين كلاميه لانه لا يكون بين اثنين معاملة من غير معرفة * وقال القدوري يقبل لامكان التوفيق لان المحتجب والمخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق وفرع عليه في النهاية بان المدعى عليه لو كان ممن يتولى الاعمال بنفسه لا يقبل لكن في الاصلاح كلام يمكن جوابه * تتبع (ولو ادعى على آخر بيع امته منه واراد ردها) اى رد الامة (بعيب فانكر) الآخر البيع (فبرهن المدعى على البيع) منه (و) برهن (المنكر على البراءة من كل عيب لا يسمع برهان المنكر) لان اشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيقتضى وجود العقد وقد انكره وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انها تقبل لامكان التوفيق بان باعها وكيله وابرأه من العيب * وفي البحر تفصيل فليطالع * وفي التنوير اقر ببيع عبده من فلان ثم جحده صح (وذكر ان شاء الله في آخر صك) اى ان كتب صك الشرى مثلا وذكر في آخره ما ادرك فلانا من درك

فعلى خلاصه ان شاء الله قال وذكر ان شاء الله ولم يقل وكتب لان الكتب الجرد ليس كالذكر في الحكم وكتب ذكر اقرار على نفسه وذكر في آخره من قام بهذا الذكر فهو ولى ما فيه ان شاء الله (بطل كله) اى كل الصك عند الامام قياسا لان الكل كشئ واحد فالاستثناء ينصرف الى جميعه بحكم العطف في اثنائه اما لو ترك فرجة فقالوا الا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت (وعندهما) يبطل (آخره) اى ما يليه (فقط وهو استحسان) لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه اذ الصك للاستيثاق ولو صرف الى الكل يكون للابطال* وفي البحر والحاصل ان الشرط اذا تعقب جملا متعاطفة متصلا بها فانه للكل واما الاستثناء بالا فالى الاخير

فصل

في القضاء بالمواريث* ذكر هنا مسئلتين تتعلقان باستصحاب الحال* وهو الحكم بثبوت امر في وقت بناء على ثبوته في وقت آخر (مات نصراني فقالت زوجته اسلمت بعد موته) اى لى استحقاق الميراث (وقال وارثه بل) اسلمت (قبله) اى قبل موته ولا ميراث لك (فالقول له) اى للوارث لا قولها بغير بينة وعند زفر القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات* ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة* والظاهر بلا حجة يصلح للدفع لا للاستحقاق (وكذا لو مات مسلم فقالت زوجته) النصرانية (اسلمت قبل موته) ولى استحقاق الميراث (وقال الوارث بل) اسلمت (بعده) وليس لك الميراث يعني يكون القول للوارث ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا كما في الهداية والتعبير بالاستصحاب احسن من التعبير بالظاهر فان ما ثبت به الاستحقاق كثيرا ما يكون ظاهرا كاخبار الآحاد كثيرا ما توجب استحقاقا كما في الفتح (وان قال المودع) بفتح الدال (هذا ابن مودعي) بكسر الدال (الميت لا وارث له) اى للمودع (غيره) اى هذا الابن* قيد به لانه لو قال له وارث غيره ولا ادرى امات ام لا لا يدفع اليه شئ حتى يقيم المدعي بينة يقول لا نعلم له وارثا غيره (دفع الوديعة اليه) اى الى الابن لان في يده لك الوارث خلافة عن الميت * قيد باقراره بالبنوة لانه لو قال هذا اخوه شقيقة ولا وارث له غيره وهو يدعيه فالقاضي يتأنى في ذلك والفرق ان استحقاق الاخ بشرط عدم الابن لانه وارث على كل حال * وقيد الوارث احترازا عما اذا اقر انه وصيه او وكيله او المشترى منه فانه لا يدفعها اليه كما في البحر (وان قال) المودع (لآخر) بعد اقراره للاول (هذا ابنه ايضا وكذبه الاول) وقال ليس له ابن غيرى (قضى للاول) لا للثاني لانه لما صح اقراره للاول لكونه خاليا من الكذب انقطع يد المقر من الوديعة فلا عبرة لاقراره للثاني لكونه اقرارا على الغير* ولم يذكر ضمان المودع للثاني* ففي الغاية انه لا يغرم للابن الثاني شيئا باقراره له وفي النهاية فان قيل ينبغي ان يضمن المودع هنا للمقر له الثاني كما قلنا في مودع القاضي المعزول اذا بدأ بالاقرار بما في يده لانسان ثم اقر بان القاضي المعزول سلمه فانه يضمن للقاضي قلنا هذا ايضا يضمن نصيبه اذا دفع الى المقر له الاول بغير رضى القاضي وهذا هو الصواب كما في البحر (ولو قسم الميراث بين الورثة او الغرماء بشهادة لم يقولوا) اى الشهود (فيها) اى في

(هذه)

هذه الشهادة (لانعرف له وارثا آخر (اوغريما آخر لايؤخذ منهم) اى من الورثة او الغرماء
(كفيل وهو) اى اخذ الكفيل من قبل القاضى كما فعله البعض (٩ احتياط ظلم) اى ميل عن
سواء الطريق* وهذا يكشف عن مذهبه اى المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض* وفى العناية
اى دليل على ان المجتهد يخطئ ويصيب على ان الامام اسبق الائمة واصحابه يبرأ عن مذهب
الاعتزال حيث قالوا كل مجتهد مصيب وتمامه فى البحر* فليطالع (وعندهما يؤخذ) لان فى
التكفيل نظرا للغائب على تقدير وجوده وللامام ان وجود آخر موهوم فلا يؤخر الثابت
قطعا له* اطلقه فشمل ما اذا ثبت الدين والارث بالبينة او بالاقرار والخلاف فى الاول ولا خلاف
فى اخذ الكفيل فى الثانى وهى واردة على الطلاقه وشمل ما اذا قال الشهود لانعلم له وارثا غيره
وهنا لايؤخذ الكفيل اتفاقا* وقيد بعدم التكفيل لان القاضى يتلوم ولا يدفع اليه حتى يغلب
على ظنه انه لاوارث له غيره ولاغريم له آخر اتفاقا (ومن ادعى) على آخر (عقارا ارثا له) اى
لنفسه (ولاخيه الغائب وبرهن) المدعى (عليه) اى على ما ادعاه (دفع اليه) اى الى المدعى
(نصفه) اى نصف ما ادعاه مشاعا غير مقسوم (وترك باقيه) اى ترك نصف الباقى وهو نصيب
الغائب (مع ذى اليد بلا اخذ كفيل منه) اى من ذى اليد (ولو) كان ذو اليد (جاحدا) سواء
عند الامام* هذا ظاهر فى صورة الاقرار وايضا فى صورة الجحود لان الحاضر ليس بخصم عن
الغائب فى استيفاء نصيبه وليس للقاضى التعرض بلا خصم كما اذا رأى شيئا فى يد انسان يعلم انه لغيره لا
ينازعه بلا خصم وقد ارتفع جحوده بقضاء القاضى اذ القضية صارت معلومة فلا يجحد بعده
فيصير جحوده قبل ذلك لاشتباه الامر فلا يكون خائنا به ولان يد الجاحد يد ضمان ويد الغير يد امانة
فاليد الاولى للحفظ اولى (وقالا) ان لم يكن جاحدا فكذا و(ان كان جاحدا اخذ) اى اخذ القاضى
النصف الآخر منه اى من ذى اليد (ووضع عند امين) حتى يقدم الغائب لخيانته بجحوده
فلا نظر فى تركه (وفى المنقول يؤخذ منه) اى من ذى اليد (بالاتفاق) اى اذا كانت الدعوى فى
فى المنقول* فقيل يؤخذ منه ويوضع عند عدل الى حضور صاحبه اتفاقا فى الاصح لامكان كتمان
المنقول بخلاف العقار لانه محفوظ بنفسه* ولذلك يملك الوصى بيع المنقول على الكبير الغائب
دون بيع العقار (وقيل) هذا (على الخلاف) يعنى عند الامام يترك نصفه الباقى مع ذى اليد ولا
يستوثق نفسه بكفيل* وعندهما يؤخذ منه ويوضع على يد عدل وقيل يؤخذ الكفيل بالاتفاق
لجحوده واجمعوا على انه لايؤخذ لو مقرا كما فى البحر (واذا حضر الغائب دفع اليه) اى الى
الغائب (نصيبه بدون اعادة البينة) لعدم الحاجة الى اعادتها والى القضاء لان احد الورثة
ينتصب خصما عن الميت فيثبت الملك للميت ثم يكون لهم بطريق الميراث عنه* وكذا يقوم الواحد
مقامه فيما عليه دينا او عينا فيقوم مقام سائر الورثة فى ذلك كما فى التبيين* وفى البحر ولم يذكر فيه
اختلافا* وذكره فى الفصولين وصحح انه لايحتاج وكذا ينتصب احد فيما عليه مطلقا ان كان
دينا وان كان فى دعوى عين فلا بد من كونها فى يده ليكون قضاء على الكل وان كان البعض فى
يده نفذ بقدره* وظاهر ما فى الهداية والنهاية انه لابد من كونها كلها فى يده فى دعوى الدين

٩ قال الامام هذا شئ احتياط به بعض القضاة وهو ظلم وفتى به ابن ابى ليلى فانه كان يفعله بالكوفة* وفى مناقب الكردرى مازال ابو حنيفة يخطئ ابن ابى ليلى وهو قاضى الكوفة حتى عزله الخليفة منه

ايضا * وصرح فى الفتح بالفرق بين العين والدين وهو الحق وغيره سهو اه (ومن اوصى بثلث ماله فهو) اى الثلث يقع (على كل ماله) لانها اخت الميراث والميراث يجرى فى الكل * وكذا هى (ولو قال مالى اوما املك صدقة فهو) يقع (على مال الزكاة) كالنقدين ومال السوائم واموال التجارات بلغ النصاب اولا وسواء كان عليه دين مستغرق اولا * لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة لاقدرها ولا شرائطها * فان قضى دينه لزمه ان يتصدق بعده بقدره * هذا وعندنا وهو استحسان * والقياس استواؤهما وهو قول زفر لان اسم المال يتناول الكل * وجه الاستحسان ان ما اوجبه العبد لنفسه معتبر بايجاب الله لعبده اذ الشرع صرف الصدقة الى المال الذى فيه الزكاة لا الى كل المال * وكذا ينصرف ايجاب العبد اليه بخلاف الوصية لانها تعتبر بالميراث فتجرى فى جميع الاموال (وتدخل فيه) اى فى النذر (ارض العشر عند ابى يوسف) لكون مصرفها مصارف الزكاة (خلافا لمحمد) فانه قال لا تدخل ارض العشر لما فيها من معنى المؤنة * وكذا وجب العشر فى ارض الصبى والمكاتب والاوقاف وضم الامام اليه فى النهاية * ولا تدخل الخراجية لتمحضها للمؤنة (فان لم يكن له) اى لهذا الشخص (مال غيره) اى غير ما دخل تحت الايجاب (امسك منه) اى من ذلك المال قدر (قوته) اى قوت نفسه وعياله لاحتياجه اليه (فاذا اصاب) بعد ذلك (مالا تصدق بمثل ما امسك) ليكون مؤديا ما اوجبه ولم يقدر بشئ لاختلاف احوال الناس وقيل * المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت فى مدة وصولهم الى المال قيد بالمال والملك من غير تعيين شئ للاحتراز عما اذا قال الف درهم من مالى صدقة وهو لا يملك الا مائة لا يلزمه الا بقدر ما يملك وان لم يكن له شئ لا يجب عليه شئ كما فى البحر ومن اوصى اليه ولم يعلم الوصى بالايصاء (فهو وصى) حتى لو باع شيئا من التركة بعد موت الموصى بغير علم يجوز بيعه وهو ظاهر الرواية عن ابى يوسف انه لا يصح بلا علم (بخلاف التوكيل) اى لا يصح بدون علم الوكيل بذلك * ولذا باع شيئا من متاع الموكل لا يجوز بيعه * والفرق ان الوصية استخلاف بعد انقطاع ولاية الموصى فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث واما الوكالة فاثبت ولاية التصرف فى ماله وليست باستخلاف ابقاء ولاية المنوب عنه فلا يصح بلا علم من تثبت له الولاية (وقبل فى الاخبار بالتوكيل خبر فرد وان كان) ذلك الفرد (فاسقا) اى لا يشترط لصحة التوكيل خبر عدل بل يثبت بخبر الواحد سواء كان عدلا او فاسقا او عبدا او صغيرا مميزا اذ ليس فيها الزام كسائر المعاملات لان الوكيل ان شاء يستوفى (لا) يقبل (فى العزل منه) والظاهر ان الضمير راجع الى التوكيل لكن لا معنى له بل الاولى ان يترك قوله منه واكتفى فى العزل اى لا يقبل فى عزل الوكيل تدبر (الا خبر عدل) اى لا يقبل خبر فاسقين * وفيه اشعار بانه لا يشترط لفظ الشهادة (او مستورين) وظاهر قوله او مستورين انه لا يقبل خبر الفاسقين وهو ضعيف والصحيح قبوله وثبوت هذه الاحكام لان تأثير خبر الفاسقين اقوى من تأثير خبر العدل بدليل انه لو قضى بشهادة واحد عدل لم ينفذ وبشهادة فاسقين نفذ كما فى البحر * هذا

عندالامام (وعندهما هو) اى العزل (كالاول) اى التوكيل فى انه يقبل فى الاخبار بالعزل خبر فرد ولوكان فاسقا كالاخبار بالتوكيل وعند الائمة الثلاثة شرط فى العزل والنصب عدلان (وكذا الخلاف) بين الامام وصاحبه (فى اخبار السيد بجناية عبده) يعنى لواخبره فاسق للسيد بان عبده جنى خطأ فباع او اعتق لايصير مختار الفداء عنده وعندهما يصير (والشفيع بالبيع) يعنى الشفيع اذا سكت بعدما اخبر فاسق بالبيع لايكون تاركا للشفعة عنده وعندهما يكون (والبكر) البالغ (بالتزويج) يعنى اذا اخبر فاسق البكر البالغ بالنكاح فسكتت لاتصير راضية بالنكاح عنده خلافا لهما (ومسلم لم يهاجر بالشرائع) متعلق باخبار مقدر اى من اسلم فى دار الحرب فاخبر بالشرائع فاسق لايؤاخذ عنده* خلافا لهما لان كل واحد منهم من جنس المعاملات فلا يتوقف على احد وصفى الشهادة وله ان فيها الزاما من وجه دون وجه فيشترط احد شطرى الشهادة* اما العدد او العدالة فلا يثبت بخبر المرأة والعبد والصبى وان وجد العدد او العدالة هذا مقيد بان يكون المخبر غير الخصم ورسوله فلا يشترط فيه العدالة لو اخبر الشفيع المشترى بنفسه وجب الطلب اجماعا والرسول يعمل بخبره وان كان فاسقا اتفاقا صدقه او كذبه كما ذكره الاسبيجابى لكن فى المنح تفصيل فليطالع (ولو باع القاضى او امينه عبدا) لرجل (للغرماء) اى لاجل ديونهم (واخذ المال) اى اخذ القاضى او امينه الثمن (فضاع) عند القاضى او امينه (واستحق العبد) ونزع من يد المشترى (لا يضمن) القاضى ولا امينه الثمن للمشترى لان القاضى او امينه بمنزلة الخليفة وكل واحد منهم لا يلزمه الضمان كيلا يتقاعد الناس عن قول هذه الامانة فيلزم تعطيل مصالح المسلمين* وفى البحر ان امين القاضى هو من يقول له القاضى جعلتك امينا فى بيع هذا العبد* اما اذا قال بع هذا العبد ولم يزد عليه اختلف المشايخ والصحيح انه لاتلحقه عهدة (ويرجع المشترى على الغرماء) لان البيع وقع لهم فكانت العهدة عليهم عند تعذر جعلها على العاقد كما تجعل العهدة على الموكل عند تعذر جعلها على الوكيل بان كان صبيا او عبدا محجورا عليه (ولو باعه) اى العبد (الوصى لاجلهم) اى لاجل الغرماء (بامر القاضى) له بالبيع وقبض ثمنه (ثم استحق) العبد (اومات قبل قبضه) اى قبض المشترى من الوصى (وضاع المال) اى ثمن العبد (رجع المشترى) بالثمن (على الوصى) لانه عاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق اليه كما اذا وكله حال حياته* وكذا الوصى الذى نصبه القاضى لان نصبه ليكون قائما مقام الميت (وهو) اى الوصى يرجع (على الغرماء) لانه عامل لهم ومن عمل عملا لغيره ولحقه بسببه ضمان يرجع به من يقع له العمل* وفى البحر والتقييد بامر القاضى اتفاقى وليعلم حكمه بغير امره بالاولى ولهذا قال الامام الحصيرى وامر القاضى وعدم امره سواء* وفى التنوير اخرج القاضى الثلث للفقراء ولم يعطهم اياه حتى هلك كان الهلاك من مال الفقراء والثلثان للورثة

(ولو قال لك قاض عدل عالم قضيت على هذا بالرجم او القطع او الضرب فافعله وسعك فعله) ولا يلام عليه عند الله ولان طاعة اولى الامر واجبة وتصديقه طاعة له وقول مثل هذا القاضى حجة* وقال محمد آخرا وهو مذهب مالك والشافعى لا يقبل قوله حتى يعاين الحجة لان قول القاضى

يحتمل الغلط والتدارك لا يمكن وكثير من مشايخنا اخذوا به وفي عيون المذاهب وبه يفتي لفساد اكثر قضاة زماننا وفي البحر تفصيل فليراجع (وكذا) وسعك فعله (في) القاضي (العدل غير العالم ان استفسر فاحسن تفسيره) اي او قال قاض جاهل عادل يلزم ان تسأله عن سببه فان احسن تفسير قضائه على مقتضى الشرع بان قال مثلا استفسرت المقر بالزنى كما هو المعروف وحكمت عليه بالرجم يسعك فعل ما امر به (والا) اي وان لم يحسن تفسيره (فلا) يسعك فعل ما امر به لخطأئه بسبب الجهل (ولا يعمل بقول غير العدل مطلقا) سواء كان عالما او جاهلا لتهمة الخيانة بفسقه (مالم يعاين سبب الحكم) اي يعاين سببا شرعيا للحكم فح يعمل بقوله لانتفاء التهمة (ولو قال قاض عزل لشخص اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها) اي بتلك الالف (عليك او قال قضيت بقطع يدك في حق فقال) ذلك الشخص (بل اخذتها) اي تلك الالف (او قطعت) يدي (ظلما) متعلق باخذت وقطعت على التنازع (واعترف) ذلك الشخص (بكون ذلك) اي الاخذ او القطع (حال ولايته) اي ولاية القاضي (صدق القاضي ولا يمين عليه) لان المدعي اقر بكون الاخذ في حال قضائه فكأنه رضي بشهادة الظاهر وان القاضي لا يظلم في قضائه لكونه امينا فيما فوض اليه ويقبل قوله بلا يمين لانه لو لزمه اليمين يصير خصما وقضاء الخصم لا ينفذ فتعطل امور الناس*وفي القهستاني وقبل وجوبا قول قاض عالم عدل قضيت انا بهذا العقار لزيد مثلا لفقد التهمة وهذا ظاهر الرواية*وعن محمد انه رجع الى انه لم يقبل وبه اخذ اكثر المشايخ كما مر آنفا*واستفيد من قوله قضيت انا بهذا العقار لزيد ان المقضي او المقضي عليه معلومان والا لا يقبل للتهمة لان القضاة في زماننا غير معتمد كما في اكثر الكتب وعلى هذا لم يقبل كتاب القاضي الى القاضي في شيء ما كما في الكرماني (ولو قال) ذلك الشخص للقاضي (فعلته قبل ولايتك او بعد عزلك وادعى القاضي فعله في) زمان (ولايته فالقول له) اي للقاضي (ايضا هو الصحيح) لانه متى اعترف انه كان قاضيا صحت اضافة الاخذ الى حالة القضاء لان حالة القضاء معهودة وهي منافية للضمان فصار القاضي بالاضافة الى تلك الحالة منكر الضمان فكان القول له كما لو قال طلقت او اعتقت وانا مجنون ومجنونه كان معهودا*وقوله هو الصحيح احتراز عما قال السرخسي اذا زعم المدعي ان القاضي فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعي لان هذا الفعل حادث فيضاف الى اقرب اوقاته ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق الا بحجة لان الاصل متى وقعت المنازعة في الاسناد يحكم الحال (والقاطع او الآخذ ان كانت دعواه كدعوى القاضي ضمن) القاطع والآخذ (هنا) اي فيما قال المدعي فعلته قبل ولايتك او بعد عزلك (لا يضمن (في الاول) اي فيما اعترف المدعي بكون ذلك حال ولايته اي اذا اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضي لم يضمن لان قول القاضي حجة ودفعه صحيح فصار اقراره كفعله معاينة* ولو اقر واحد منهما في الفصل الثاني بما اقر به القاضي يضمن لانه اقر بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان على نفسه لا في ابطال سبب ضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق*وفي التنوير صب شخص دهنا لانسان عند الشهود وقال

الصاب كانت الدهن نجسة وانكره المالك فالقول للصاب * ولو قتل شخص رجلا وقال قتلته لردته اولقتله لم يقبل قوله

كتاب الشهادات

اخرها عن القضاء لانها كالوسيلة وهو الحق * وشروطها كثيرة تأتي في اثناء المسائل حتى قال صاحب البحر ان شرائطها احدو عشرون وشرائط التحمل ثلاثة وشرائط الاداء سبعة عشر منها عشر شرائط عامة ومنها سبعة شرائط خاصة وشرائط نفس الشهادة ثلاثة وشرط مكانها واحد* وسبب وجوبها طلب ذي الحق او خوف فوت حقه فان من عنده شهادة لايعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه ان يشهد عليه بلاطلب اه هذا ليس بمسلم لانه لايجب ان يشهد بدون الطلب مطلقا بل يجب عليه ان يعلم صاحب الحق بانه يشهد له فان دعاه واجب عليه والافلا يجب بل هو مقيد بان يكون ادعى عند القاضي ولم يجد شاهدا آيتم به مدعاه وذلك الشاهد حاضر يجب ان يشهد فهذا فيه طلب حكمي لان المدعي ماادعى عند الحاكم الا وهو يطلب من يشهد له بحقه كاذكره المقدسي ومحاسنها كثيرة منها امتثال الامر في قوله تعالى كونوا قوامين لله شهداء بالقسط وركنها استعمال لفظ الشهادة* وحكمها وجوب الحكم على القاضي عاثبت بها * وفي المبسوط والقياس يأبى كون الشهادة حجة ملزمة لانها تحتمل الصدق والكذب والمحتمل لايكون حجة الاان هذا القياس ترك بالنصوص والاجماع* والشهادة في اللغة خبر قاطع وقد شهد كعلم وكرم وقد يسكن هاؤه وشهد كسمعه شهودا حضره فهو شاهد وقوم شهود اي حضور وشهد له بكذا شهادة اي ادى ماعنده فهو شاهد والجمع شهد وتمامه في البحر فليطالع *وفي التبيين هي اخبار عن مشاهدة وعيان لاعن تخمين وحسبان *هذا في اللغة فلهذا قالوا انها مشتقة من الشهادة التي تنبئ عن المعاينة وسمي الاداء شهادة اطلاقا لاسم السبب على المسبب اه وهو خلاف الظ وانما هو معناها الشرعي ايضا كما في البحر * ومن هذا قال (هي) اي الشهادة (اخبار) شرعي (بحق) اي بمال او غيره (للغير) اي حصل لغير المخبر من كل الوجوه كما هو المتبادر فيخرج عنه الانكار فانه اخبار به لنفسه في يده * وكذا دعوى الاصل انه اخبار لنفسه في يد غيره* وكذا دعوى الوكيل فانه ليس باخبار للغير من كل الوجوه كما ظن كما في القهستاني (على الغير) فخرج الاقرار اذهو اخباره على نفسه وتدخل فيه الشهادة بالزنى والبيع ونحوهما (عن مشاهدة لاعن ظن) واليه الاشارة المصطفوية حيث قال اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والا فدع وفي العناية ٥ وفي الاصطلاح اهل الفقه عبارة عن اخبار صادق في مجلس الحكم بلفظة الشهادة* فالاخبار كالجنس يشملها والاخبار الكاذبة* وقوله صادق يخرج الكاذبة* وقوله في مجلس الحكم ولفظة الشهادة يخرج الاخبار الصادقة غير الشهادات اه* ويرد عليه قول القائل في مجلس القاضي اشهد برؤية كذا لبعض العرفيات والاولى ان نزاد ٥ لاثبات حق كما في الفتح (ومن تعين تحملها) اي الشهادة بان لا يوجد غيره ممن هو اهل للشهادة (لايسعه ان يمتنع منه) اي من التحمل اذا طلب لان في الامتناع من التحمل من تضييع الحقوق وان لم يتعين للتحمل بان يوجد غيره فهو مخير (ويفترض اداؤها) اي اداء الشهادة بعد التحمل اذا ٣ طلبت الشهادة (منه) اي من الشاهد

٣ وفي الغرر ٥ تجب بالطلب في حق العبد ان لم يوجد بدله دون حق الله فانها تجب فيه بلاطلب كعتق الامة وطلاق المرأة ٥ منه

لقوله تع ولا يأب الشهداء اذا مادعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه ٢ آثم قلبه « وهذا وان كان نهيا عن الاباء والكتمان لكن النهي عن الشيء يكون امرا بضده اذا كان له ضد واحد لان الانتهاء لا يكون الا بالاشتغال به فكان اداء الشهادة فرضا قطعا كفريضة الانتهاء عن الكتمان فصار كالامر به بل آكد ولهذا اسند الاثم الى الآلة التي وقع بها الفعل وهو القلب لما عرف ان اسناد الفعل الى محله اقوى من الاسناد الى كله فقوله ابصرته بعيني آكد من قولهم ابصرته واسناده الى اشرف الجوارح دليل على انه اعظم الجرائم بعد الكفر ثم اداء الشهادة انما يجب اذا كان موضع الشاهد قريبا من موضع القضاء وان كان بعيدا بحيث لا يمكن ان يجيء الى القاضي ويرجع بعده في يومه هذا الى منزله لا يأثم بتركها * ولو كان شيخا كبيرا لا يقدر على المشي يجوز له الركوب على مركب المدعي والا فلا * وفي البحر لو شهد عند الشاهد عدلان ان المدعي قبض دينه او ان الزوج طلقها ثلاثا او ان المشتري اعتق العبد او ان الولي عفى عن القاتل لا يسعه ان يشهد بالدين والنكاح والبيع والقتل (الا ان يقوم الحق بغيره) بان يكون في الصك سواه ممن يقوم به الحق فح لا يفترض لان الحق لا يضيع بامتناعه ولانها فرض كفاية * وفي الدرر ثم انه انما يأثم اذا علم ان القاضي يقبل شهادته وتعين عليه الاداء وان علم ان القاضي لا يقبل شهادته او كانوا جماعة فادى غيره ممن تقبل شهادته فقبلت لا يأثم وان ادى غيره ولم تقبل شهادته يأثم من لم يؤد اذا كان ممن تقبل شهادته لان امتناعه يؤدي الى تضييع الحق قال شيخ الاسلام لو اخر الشاهد الشهادة بعد الطلب بلا عذر ظ ثم ادى لا تقبل لتمكن التهمة (وسترها) اي ستر الشهادة (في الحدود افضل) من ادائها يعني انه يخير بين ان يظهرها لما فيه من ازالة الفساد او قلته وبين ان يسترها وهو احسن لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وفي الحديث من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وقد صح ان النبي لقن المقر بالزنى لدرء الحد عنه فتشهر وكفى به قدوة وكذلك نقل عن الخلفاء الراشدين * واما قوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه فذلك في حقوق العباد * وفي البحر تفصيل فليطالع (و يقول) الشاهد (في) شهادة (السرقة) اشهد انه (٣ اخذ) ماله ثئلا يلزم ترك الواجب (لا سرق) للتحرز عن وجوب الحد وضياع المال لان القطع والضمان لا يجتمعان فاعتبر في السرقة الستر مع الشهادة * وحكي ان هارون الرشيد كان مع جماعة الفقهاء وفيهم ابو يوسف فادعى رجل على آخر اخذ ماله من بيته فاقر بالاخذ فسأل الفقهاء فافتوا بقطع يده فقال ابو يوسف لا لانه لم يقر بالسرقة وانما اقر بالاخذ فادعى المدعي انه سرق فاقر بها فافتوا بالقطع وخالفهم ابو يوسف فقالوا له لم قال لانه لما اقر اولا بالاخذ ثبت الضمان عليه وسقط القطع فلا يقبل اقراره بعده بما يسقط الضمان عنه فتعجبوا منه (وشرط للزنى اربعة رجال) من الشهود لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولفظ اربعة نص في العدد المذكورة * واورد انكم لا تقولون بالمفهوم فمن اين لكم عدم جواز الاقل فاجاب الزيلعي انه بالاجماع * واورد المعارضة بين هذه وبين قوله فاستشهدوا

٢ وانما خص القلب بالاثم لانه رئيس الاعضاء والمضغة التي ان صلحت صلح الجسد كله وان فسدت فسد الجسد كله * فكأنه قيل قد تمكن الاثم في اصل نفسه وملك اشرف مكان فيه ولان افعال القلوب اعظم من افعال سائر الجوارح الا يرى ان اصل الحسنات والسيئات الايمان والكفر وهما من افعال القلوب منه

٣ وفي العناية قوله اخذ اولى من سرق وعلى هذا فيحمل قول القدوري ويجب ان يقول اخذ على معنى ثبت لا الوجوب المصطلح عليه عند الفقهاء منه * لكن ما وجدته لا في الغاية ولا في العناية واما عبارة القدوري في مختصره المشهور « فيقول اخذ ولا يقول سرق » م

شهيدين الآية واجاب في ٤ الفتح بانها مبهمة وتلك مائمة والتقديم للمانع كما في البحر * وجه هذا الاشتراط انه تعالى يحب الستر على عباده واوعد بالعذاب لمن احب اشاعة الفاحشة على المؤمنين * وفي اشتراط الاربع ووصف الذكورة تحقيق معنى الستر (و) شرط (للقصاص وبقية الحدود) وكذا لاسلام كافر ذكر وردة مسلم كما في التنوير (رجلان) لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فلا تقبل شهادة النساء لقول الزهري مضت السنة من لدن رسول الله و ٥ الخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولشبهة البدلية لانها قائمة مقام شهادتهم والحال ان الحدود والقصاص تندرئ بالشبهات (و) شرطت (للولادة والبكارة وعيوب النساء مما لا يطلع عليه الرجال امرأة) حرة مسلمة لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو الواحد * وهو حجة على الشافعي في اشتراط الاربع وهو قول عطا بناء على ان كل امرأتين مقام رجل واحد وعلى مالك في اشتراط امرأتين وهو قول الثوري لانه لما سقط اعتبار الذكورة بقي العدد معتبرا وفيه اشارة الى ان الرجل لو شهد لا تقبل شهادته وهو محمول على ما اذا قال تعمدت النظر * اما اذا شهد بالولادة وقال فاجأتها فاتفق نظري عليها تقبل شهادته اذا كان عدلا كما في المبسوط * هذا اذ تأيد الشهادة بالاصل لانها لو قالت هي بكر يأجل القاضي في العنين سنة لان شهادتها تأيدت بالاصل هو البكارة * ولو قالت هي ثيب لا تقبل لانها تجردت عن المؤيد وكذا في رد المبيعة اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع كما في الهداية * فان قلت لو ثبت العيب بقولهن لا يحلف البائع بل ترد عليه الجارية فكيف يكون تحليف البائع نتيجة لثبوت العيب وثبوت العيب انما هو مثبت للرد لا للتحليف * قلت معناه العيب يثبت بقولهن في حق سماع الدعوى وحق التحليف حتى انهن لو لم يقلن انها ثيب ليس للمشتري ولاية التحليف (وكذا) شرط شهادة امرأة واحدة (لاستهلال المولود في حق الصلاة) عليه بالاجماع لانها من امور الدين (لا) في حق (الارث) عند الامام لانه مما يطلع عليه الرجال (وعندهما في حق الارث ايضا) اي كما تقبل شهادتها في حق الصلاة لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة * وبقولهما قال الشافعي ومالك واحمد وهو ارجح كما في الفتح (و) شرط (لغير ذلك) المذكور من الحدود والقصاص ومالا يطلع عليه الرجال (رجلان او رجل وامرأتان مالا كان) الحق (او غير مال كالنكاح والرضاع والطلاق والوكالة والوصية) والرجعة واستهلال صبي للارث والعتاق والنسب وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاجل وشرط الخيار لان الاصل عدم قبول شهادتهن لنقصان العقل وقصور الولاية واختلال الضبط ولكن قبلت في الاموال ضرورة باعتبار كثرة وجودها وقلة خطرها فيقتصر عليها وبه قال مالك واحمد في رواية * ولنا ماروي ان عمر وعليا اجازا شهادة النساء مع الرجال في النكاح

---

٤ ثم هكذا في البحر لكن في الفتح ما وجدت الاعتراض ولا الجواب منه

٥ وتخصيصهما اي ابي بكر وعمر بالذكر لما ورد في حقهما من قوله عليه السلام اقتدوا من بعدي ابا بكر وعمر منه

والفرقة* والاصل قبول شهادتهن لوجود ماتبتنى عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء* ومايعرض لهن من قلة الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة* ولهذا لاتقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت بالشبهات * وانما لاتقبل شهادة الاربع من غير رجل كيلا يكثر خروجهن كما فى الهداية وغيرها * وقال صاحب العناية ولم يذكر الجواب عن قوله نقصان العقل وقصور الولاية* والجواب عن الاول انه لانقصان فى عقلهن فيما هو مناط التكليف * وبيان ذلك ان للنفس الانسانية اربع مراتب الاولى استعداد العقل ويسمى العقل الهيولانى وهو حاصل لجميع افراد الانسان فى مبدأ فطرتهم و الثانية ان تحصل البديهيات باستعمال الحواس فى الجزئيات فيتهيأ لاكتساب الفكريات ٦ بالفكرة ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف والثالثة ان تحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار الى اكتساب ويسمى العقل بالفعل والرابعة هو ان يستحضرها ويلتفت اليها مشاهدة ويسمى العقل المستفاد وليس فيما هو مناط التكليف منها ٧ وهو العقل بالملكة فيهن نقصان بمشاهدة حالهن فى تحصيل البديهيات باستعمال الحواس فى الجزئيات وبالتنبيه ان شئت فانه لو كان فى ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال فى الاركان وليس كذلك وقوله عليه السلام ناقصات عقل المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والامارة* وبهذا ظهر الجواب عن الثانى ايضا فتأمل اه (وشرط للكل الحرية) فلا تقبل شهادة العبد (والاسلام) فلا تقبل شهادة الكافر على المسلم * ومافى الفتح من ان ٨ الذمى اهل للشهادة فى الجملة محمول فيما اذا شهد الكافر على مثله (والعدالة) وهو كون حسنات الرجل اكثر من سيئاته وهى الانزجار عما يعتقده حراما فى دينه * وهذا يتناول الاجتناب من الكبائر وترك الاصرار على الصغائر * وعن ابى يوسف ان الفاسق ان كان وجيها ذا مروءة تقبل شهادته *والاول اصح * الا ان القاضى لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا خلافا للشافعى* ولنا ان العدالة شرط وجوب العمل بالشهادة لا شرط اهلية الشهادة لان الفاسق اهل للقضاء والشهادة الا ان يمنع الخليفة من القضاء بشهادة الفاسق فح لاينفذ القضاء بشهادة الفاسق (و) شرط (لفظ الشهادة) اى لفظ اشهد فى جميع ماتقدم لورود عبارة النص كذلك ولكونه من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ اشد (فلا تصح) الشهادة (لوقال اعلم او تيقن) مكان اشهد مخالفا للمنطوق به الكتاب* واعلم ان كل هو موضع لايشترط فيه لفظ الشهادة كطهارة الماء والموت وهلال رمضان لايكون الواقع فيه من قبيل الاخبار (ولا يسأل قاض عن شاهد) كيف هو (بلا طعن الخصم) عند الامام علا بظاهر عدالة المسلم لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا فى قذف فان طعن الخصم يسأل القاضى فى السر ويزكى فى العلانية (الا فى حدود قود) فانه يسئل القاضى فى السر ويزكى العلانية فيهما طعن الخصم او لا بالاجماع لانه يحتال لاسقاطهما فيشترط الاستقصاء فيهما (وعندهما يسأل فى سائر الحقوق سرا وعلنا) وان لم يطعن الخصم لان بناء القضاء على الحجة وهى شهادة العدل* قيل هذا اختلاف عصر وزمان

٦ الفكرة بمعنى التأمل كذا فى حواش العناية م ٧ اى المراتب الاربعة ٨ لكن عبارة الفتح ولم يذكر الاسلام لان الدين اصل الشهادة فى الجملة كما شاهد فى النسخ المكتوبة والمطبوعة م

لاختلاف حجة وبرهان لان عصره مشهود في ٩ الحديث بالخير لكونه قرنا ثالثا وعصرهما مسكوت عنه لكونه قرنا رابعا اذ نشأ فيه الكذب لتغير احوال الناس (وبه) اى بقول الامامين (يفتى في زماننا) لان الفساد في هذا العصر اكثر كما في اكثر المعتبرات * ومحل السؤال على قولهما عند جهل القاضي بحالهم * ولذا قال في البحر نقلا عن الملتقط القاضي اذا عرف الشهود بجرح او عدالة لا يسأل عنهم (ويجزئ الاكتفاء بالسر) في زماننا تحرزا عن الفتنة * والتزكية في السر ان يبعث القاضي امينا الى المعدل العدل ويكتب اليه كتابا فيه اسم الشاهد ونسبه ومحلته ومسجده فيسأل عن جيرانه واصدقائه فاذا عرفهم بالعدالة يكتب هو عدل فاذا عرفهم بالفسق يكتب الله اعلم او لا يكتب شيئا احترازا عن كشف السر واذا لم يعرفهم بالعدالة او بالفسق يكتب هو مستور ويرده الى القاضي سرا كيلا يظهر فيخدع * والتزكية في العلانية ان يجمع القاضي بين المعدل والشاهد في مجلسه لتنتفي شبهة تعديل غيره (ويكفي للتزكية ان يقال (هو عدل في الاصح) لان من نشأ في دار الاسلام في زماننا كان الظاهر من حاله الحرية والاسلام * ولهذا لا يسأل القاضي حرية الشاهد واسلامه ما لم ينازعه الخصم (وقيل لا بد من قوله عدل جائز الشهادة) لان العبد او المحدود في قذف اذا تاب قد يكون عدلا مع انه لا يجوز شهادة كل واحد منهما (ولا يصح تعديل الخصم بقوله هو عدل لكن اخطأ) بشهادة (ونسى) كيفية الواقعة * هكذا قال الامام يعني تعديل المدعى عليه الشهود لا يصح * ومراده على قول من يرى السؤال عن الشهود واما على قوله فلا يتأتى ذلك لانه لا يرى السؤال عن الشهود ونظيره المزارعة فانه لا يراها ومع هذا فرع عليها على قول من يرى * وعنهما انه تجوز تزكيته وهو قول الائمة الثلاثة * لكن عند محمد لا بد من ضم آخر اليه لانه لا يجوز تعديل الواحد عنده ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده ان المدعى عليه ظالم كاذب في الجحود وتزكية الكاذب الفاسق لا تصح * واطلق الخصم ولم يقيده لكن قيده صاحب المنح بما اذا كان لم يرجع اليه في التعديل لانه اذا كان ممن يرجع اليه في التعديل صح قوله كما صرح في البزازية فعلى هذا لو قيده كما قيد صاحب المنح لكان اولى (فانه قال) الخصم (هو عدل صدق) اى عادل صادق (ثبت الحق) اى حق المدعي لانه اقرار منه بثبوت الحق بخلاف ما لو قال هم عدول ولم يزد عليه حيث لا يلزمه شئ لانهم مع كونهم عدولا تجوز عليهم النسيان والخطأ فلا يلزم من كونه عدلا ان يكون كلامه صوابا كما في الدرر * لكن في البحر نقلا عن الصدر الشهيد انه يكون مقرا بقوله صدقوا فيما شهدوا به علي وبقوله هم عدول فيما شهدوا به علي (ويكفي الواحد لتزكية السر والترجمة والرسالة الى المزكي) يعني يصلح الواحد ان يكون مزكيا للشاهد ومترجما عن الشاهد ورسولا من القاضي الى المزكي عند الشيخين لان التزكية من امور الدين فلا يشترط فيها الا العدالة حتى ١١ تجوز تزكية العبد والمرأة والاعمى والمحدود في القذف التائب لان خبرهم مقبول في الامور الدينية (والاثنان احوط) لان فيه زيادة طمأنينة (وعند محمد لا بد من الاثنين) وهو قول الائمة الثلاثة لان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تبتني

٩ قال عليه السلام خير القرون قرني الذي انا فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشوا الكذب حتى يحلف الرجل قبل ان يستحلف ويشهد قبل ان يستشهد منه

١١ وانما قلنا تجوز تزكية العبد والمرأة والاعمى لان الترجمان لو كان اعمى لا يجوز عند الامام ويجوز عند الثاني وكذا لا يجوز ان يكون المترجم امرأة منه

على ظهور العدالة فيشترط فيه العدد كما شرط العدالة ومحل الاختلاف ما اذا لم يرض الخصم بتزكية الواحد فان رضى فجاز اجماعا * هذا فى تزكية السر اما فى تزكية العلانية يشترط جميع مايشترط فى الشهادة من الحرية والبصر وغيرهما سوى لفظ الشهادة بالاجماع لان معنى الشهادة فيها اظهر ولذا يختص بمجلس القاضى * وعن هذا قال (وتشترط الحرية فى تزكية العلانية دون السر) وكذا يشترط العدد فيها على ماقاله الخصاف ويشترط فى تزكية شهود الزنى اربعة ذكور عند محمد كما فى الهداية

﴿ فصل ﴾

لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع فى بيان انواع ما يتحمله الشاهد وهو نوعان الاول ماثبت بنفسه بلا اشهاد والثانى مالا يثبت بنفسه بل يحتاج الى الاشهاد فشرع فى الاول وقال (يشهد بكل ماسمعه) من المسموعات (اوراه) من المبصرات (كالبيع والاقرار وحكم الحاكم) مثال ماكان من المسموعات كما فى الفرائد لكن يمكن ان يكون مثالا لهما كما فى البحر (والغصب والقتل) مثال ماكان من المبصرات (وان) وصلية (لم يشهد) من الافعال مبنى للمفعول (عليه) اى على ماذكر من جانب المدعى لان كل واحد منها ثابت الحكم بنفسه (ويقول اشهد) انه باع او اقر لانه عاين السبب فوجبت عليه الشهادة به كما عاين * وهذا اذا كان البيع بالعقد ظاهر وان كان بالتعاطى فكذا لان حقيقة البيع مبادلة المال بالمال وقد وجد * وقيل لا يشهدون على البيع بل على الاخذ والاعطاء لانه بيع حكمى وليس ببيع حقيقى كما فى التبيين * لكن فى البزازية ولو شهدوا بالبيع جاز ولابد من بيان الثمن فى الشهادة على الشراء لان الشراء بثمن مجهول لايصح (لا) يقول (اشهدنى) فيما لا اشهاد فيه لانه غير واقع فيكون كذبا * وفى التبيين ولو سمع من وراء الحجاب لايسعه ان يشهد لاحتمال ان يكون غيره اذ النغمة تشبه النغمة الا اذا كان فى الداخل وحده وعلم الشاهد انه ليس فيها غيره ثم جلس على المسلك وليس له مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه يحصل به العلم وينبغى للقاضى اذا فسر له ان لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة * وقالوا اذا سمع صوت امرأة من وراء الحجاب لايجوز ان يشهد عليها الا اذا كان يرى شخصها وقت الاقرار قال الفقيه ابو الليث اذا اقرت امرأة من وراء الحجاب وشهد عنده اثنان انها فلانة بنت فلان بن فلان لايجوز لمن سمع اقرارها ان يشهد عليها الا اذا رأى شخصها حال ما قرت فح يجوز ان يشهد على اقرارها بشرط رؤية شخصها لا رؤية وجهها * قال ابو بكر الاسكاف المرأة اذا حسرت عن وجهها فقالت انا فلانة بنت فلان بن فلان وقد وهبت لزوجى مهرى فان الشهود لايحتاجون الى شهادة عدلين انها فلانة بنت فلان بن فلان مادامت حية اذ يمكن للشاهدان يشير اليها فان ماتت فح يحتاج الشهود الى شهادة عدلين انها فلانة بنت فلان بن فلان كما فى الدرر * ثم شرع فى النوع الثانى فقال (ولا يشهد على شهادة غيره ما) اى لا يشهد على شهادة شاهد من سمع الشهادة سواء سمع بمجلس القاضى او غيره لان هذه الشهادة غير ثابت الحكم بنفسه بل بالقاضى فيستلزم التحميل مع انه لم يتحمله حيث لم يشهد عليه (او اشهاد الغير عليها) اى لا يشهد على شهادة شاهد من سمع اشهاده على الشهادة (ما لم يشهد هو) اى شاهد الاصل (عليها) اى على الشهادة * توضيحه قال شاهد لشخص اشهدنى ان

فلانا قرعندي بكذا فسمع آخر هذا القول لا يجوز للسامع ان يشهد لان كلا من الشهادة والاشهاد غير ثابت الحكم بنفسه بل بالنقل الى مجلس القضاء وذا يستلزم التحميل والانابة وهو لم يوجد لانه ما حمله بالاشهاد وانما حمل غيره قيل ان سمع عند القاضي ان الشاهد يشهد بشهادة حل للسامع ان يشهد (ولا يعمل شاهد ولا قاض ولا راو بخطه مالم يتذكر) اى لا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر * ولا للقاضي اذا وجد في ديوانه مكتوبا شهادة شهود ولا يحفظ انهم شهدوا بذلك او قضية قضاها ان يحكم بتلك الشهادة ولا ان يمضي تلك القضية ولا للراوي اذا وجد مكتوبا بخطه او بخط غيره وهو معروف انه قرأ على فلان ونحوه ان يروي حتى يتذكر الشهادة او القضية او الرواية * قيل هذا عند الامام لان الشهادة والقضاء والرواية لا يحل الا من علم ولا علم هنا لان الخط يشبه الخط (وعندهما يجوز) كل من الشهادة والقضاء والرواية (ان كان) الخط (محفوظا في يده) وان لم يتذكر الحادثة او قوع الامن حينئذ من الزيادة والنقصان * فيكون الخلاف حينئذ فيما اذا كان محفوظا في يده فعنده لا يجوز سواء كان الخط محفوظا في يده اولا * وعندهما يجوز ان كان محفوظا في يده * والافلا * وقال بعضهم الخلاف مطلق فعند الامام لا يجوز مطلقا وعندهما يجوز مطلقا الا ان الظ انه خطه والعمل بالظ واجب لكن في البحر وغيره وجوز محمد للكل وجوزه ابو يوسف للراوي والقاضي دون الشاهد* وقال شمس الائمة الحلواني ينبغي ان يفتى بقول محمد* وجزم في البزازية بانه يفتى بقول محمد وفي السراج وما قاله ابو يوسف هو المعمول به وفي المنح وقولهما هو الصحيح فعلى هذا ينبغي للمص التفصيل (ولا يشهد) احد (بمالم يعاينه) بالاجماع لما تلوناه آنفا (الا النسب) بان فلانا ابن فلان او اخوه (والموت) بان فلانا قد مات (والنكاح) بان فلانا تزوج فلانة (والدخول) بان فلانا تزوج فلانة ودخل بها (وولاية القاضي) بان فلانا قد تولى القضاء من جهة فلان الامام (واصل الوقف)بان فلانا وقف هذه الضيعة مثلا * هذا اذا لم يستند الملك كما قررناه في آخر الوقف * والقياس ان لا تجوز الشهادة بالتسامع في المسائل المذكورة ايضا * ووجه الاستحسان ان هذه الامور تختص لمعاينة اصحابها وهم خواص الناس وتتعلق بها الاحكام فلو لم تقبل الشهادة فيها بالتسامع لتعطلت احكامها بخلاف البيع ونحوه قوله اصل الوقف احتراز عن شرائطه لما في البزازية وفي الوقف انها تقبل بالتسامع على اصله لا على شرائطه و هو الصحيح وكل ما يتعلق بصحة الوقف ويتوقف عليه فهو من اصله وما لا يتوقف عليه الصحة فهو من الشرائط وفي الفصول العمادية المختار ان لا تقبل الشهادة بالشهرة على شرائط الوقف وفي المجتبى المختار ان تقبل كما بيناه في آخر الوقف * وظاهر التقييد بما ذكر من الاشياء الستة يدل على عدم قبولها به في غيرها من الولاء والعتق * واختلف النقلان في نقل الاختلاف في العتق فنقل السرخسي عدم قبولها فيه اجماعا ونقل استاذه الحلواني انه على الاختلاف المنقول في الولاء فعن ابي يوسف الجواز فيهما ومن ذلك المهر فظاهر التقييد انه لا تقبل فيه به * ولكن في البزازية والظهيرية والخزانة ان فيه روايتين والاصح الجواز وتمامه في البحر

فليطالع (اذا اخبره بها) اى فله ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره (من يثق به من عدلين او عدل وعدلتين) لانه اول نصاب يفيد نوع العلم الذى يبتنى عليه الحكم فى المعاملات * قوله اذا اخبره يدل على ان لفظة الشهادة ليست بشرط فى الكل * واما الذى يشهد عند القاضى فلا بد له من لفظها * وشرطت فى العناية لفظة الشهادة على ما قالوا والاكتفاء باخبار رجلين او رجل وامرأتين قولهما * اما على قول الامام فلا تجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع فى قلبه صدق الخبر (وفى الموت يكفى العدل ولو) كانت (انثى هو المختار) كما فى الفتح وغيره * لان الناس يكرهون تلك الحالة فلا يحضره غالبا الا واحد عدل او واحدة عدلة * وفى التبيين انه لا بد من خبر عدلين فى الكل الا فى الموت وصحح فى الظهيرية ان الموت كغيره وانما تشترط العدالة فى المخبر فى غير المتواتر * اما فى المتواتر فلا يشترط العدالة ولا لفظ الشهادة كما فى الخلاصة * وفى البحر وغيره وفى الموت مسئلة عجيبة هى اذا لم يعاين الموت الا واحد ولو شهد عند القاضى بشهادته وحده ماذا يصنع قالوا يخبر بذلك عدلا مثله واذا سمع منه حل له ان يشهد على موته فيشهد هو مع ذلك الشاهد فيقضى بشهادتهما (ويشهد من رأى جالسا مجلس القضاء) حال كون الجالس (يدخل عليه الخصوم انه قاض) اى يحل ان يشهد الرائى على ذلك الجالس قاض وان لم يعاين تقليد الامام اياه لان ذلك علامة ظاهرة له (و) يشهد (من رأى رجلا وامرأة يسكنان معا) فى بيت (وبينهما انبساط الازواج انها زوجته) اى حل له ان يشهد بذلك وان لم يعاين عقد النكاح وظاهره الاكتفاء بالرؤية * لكن ذكر غيره انه لا بد من الاخبار بانها زوجته كما فى التبيين (و) يشهد (من رأى شيئا سوى الادمى فى يد متصرف) عرف بوجهه واسمه ونسبه (فيه تصرف الملاك انه) اى ذلك الشئ (له) اى للمتصرف (ان وقع فى قلبه) اى قلب الرائى (ذلك) اى كونه له وان لم يعاين اسباب الملك لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هى مرجع الدلالة فى الاسباب كلها فيكتفى بها * وفى البحر قوله ان وقع فى قلبه ذلك رواية عن ابى يوسف قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسير الاطلاق محمد فى الرواية * وفى الفتح قال الصدر الشهيد يحتمل ان يكون قوله قول الكل وبه نأخذ وقال ابو بكر الرازى هذا قولهم جميعا اه ومن ثمة قيده بوقوعه فى القلب فلو رأى درة فى يد كناس او كتابا فى يد جاهل لا يشهد بالملك له بمجرد يده كذا فى البزازية (والادمى) اى لو رأى شيئا وهو آدمى (ان علم رقه او كان صغيرا لا يعبر عن نفسه) اى لا يكون مميزا (فكذلك) يعنى يحل للرائى فى يد متصرف فيه تصرف الملاك ان يشهد بالملك لذى اليد لان الرقيق لا يكون فى يد نفسه * وكذلك الصغير الذى لا يعبر عن نفسه لا يد له فثبت يد المولى عليه حقيقة فصار كالمتاع وان كان كبيرا او صغيرا يعبر عن نفسه ولم يعلم رقه لا يحل للرائى ان يشهد بالملك لذى اليد لان لهما يدا على نفسهما تدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن الامام انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا باعتبار الثبات وانما يشهد بالملك لذى اليد بشرط ان لا يخبره عدلان بانه لغيره فلو اخبراه لم تجز له الشهادة بالملك له كما فى الخلاصة * وفى البحر ان القاضى اذا رأى عينا فى

(يد رجل)

بدرجل فانه يجوز له القضاء بالملك له كما في الخلاصة والبزازية * وبه ظهر ان قول الزيلعي في تقرير ان الشاهد اذا فسر للقاضي انه يشهد عن سماع او معاينة يد لم يقبله لان القاضي لا يجوز له ان يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا رؤية نفسه في يد انسان سهو اه وفيه كلام لان مراد الزيلعي ان القاضي لا يقضي به قضاء محكما مبرما بحيث لو ادعى الخصم لا يقبل منه بدليل انه صرح قبيل هذا بانه يقضي به قضاء ترك بمعنى انه يترك في يد ذي اليد ما دام خصمه لا حجة له كما ذكره المقدسي تدبر (ولو فسر) الشاهد (للقاضي انه شهد بالتسامع) في موضع يجوز فيه ان يشهد بالتسامع بان يقول اني اشهد على هذا بالاستماع (او بمعاينة اليد) بان يقول اشهد به لاني رأيته في يده (لا يقبلها) اي لا يقبل القاضي شهادته الا في الوقف والموت فتقبل او فسر للقاضي انه اخبره من يثق به على الاصح * قال يعقوب باشا وذكر في بعض الشروح ان الشهادة بالتسامع تقبل في الوقف وان فسرها وفي النسب والنكاح ايضا وان فسرها في الاصح وفي الموت ان كان مشهورا وان فسرها بانه سمعه وان لم يعاين اه لكن اذا اسند الى من يوثق به كما في البحر وفي الزاهدي شهد فيما يصح بالشهرة وقالا لم نعاين ولكن اشتهر عندنا تقبل (ومن شهد انه حضر دفن زيد او صلى عليه قبلت) شهادته بالاتفاق (وهو) اي حضور دفن زيد او صلاته عليه (عيان) للموت حكما حتى لو فسر للقاضي قبل لانه لم يشهد الا بما علم فوجب قبولها

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

لما فرغ من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع شرع في بيان من تسمع منه الشهادة ومن لا تسمع * وقدم ذلك على هذا لانه محال الشهادة والمحال شروط والشروط مقدمة على المشروط كما في العناية * لكن المشروط والشهادة لا من تسمع منه الشهادة تأمل * وفي البحر يقال قبلت القول حملته على الصدق كذا في المصباح * والمراد من يجب قبول شهادته على القاضي ومن لا يجب لا من يصح قبولها ومن لا يصح لان من جملة ما ذكره ممن لا يقبل الفاسق وهو لو قضى بشهادته صح بخلاف العبد والصبي والزوجة والولد والاصل * لكن في خزانة المفتين اذا قضى بشهادة الاعمى او المحدود في القذف اذا تاب او بشهادة احد الزوجين مع آخر لصاحبه او بشهادة الوالد لولده او عكسه نفذ حتى لا يجوز للثاني ابطاله وان رأى بطلانه اه * فالمراد من عدم القبول عدم حله اه (لا تقبل شهادة الاعمى) عند الطرفين سواء كان فيما يسمع او لا لان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى بينهما الا بالنغمة وهي غير معتبرة لشبهها بنغمة اخرى * وقال زفر وهو رواية عن الامام تقبل فيما يجري فيه التسامع لانه في السماع كالبصير * وفي البحر واختاره في الخلاصة وعزاه الى النصاب جازما به من غير حكاية خلاف اه لكن لم يذكر في الخلاصة انه مختار وانما قال * وفي النصاب وشهادة الاعمى لا تجوز الا في النسب والموت وما يجوز الشهادة فيه بالشهرة والتسامع فكان ينبغي ان يقول وجزم به في النصاب من غير ذكر خلاف كما ذكره المقدسي خلافا لابي يوسف والشافعي في الدين والعقار (فيما اذ تحملها بصيرا) وانما قيدنا بالدين والعقار لان في المنقول لا تقبل شهادته اتفاقا لانه يحتاج الى الاشارة والدين يعرف ببيان الجنس والوصف والعقار

بالتجريد * وكذا فى الحدود لاتقبل اتفاقا قيد بقوله اذاتحملها بصيرالانه لوتحملها اعمى لاتقبل اتفاقا كمافى شرح المجمع وغيره * لكن المراد اتفاق غير مالك والا فعنده مقبولة قياسا على قبول روايته تدبر * وفى الهداية ولو عمى بعد الاداء يمتنع القضاء عند ابى حنيفة ومحمد فان قيام الاهلية للشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت انتهت وبالغيبة مابطلت وعند ابى يوسف لايمتنع القضاء لانه لااثر فى نفس قضاء القاضى للعمى العارض للشاهد بعد اداء شهادته فيكون الاداء عنده حجة (ولا) تقبل (شهادة المملوك) سواء كان قنا او مدبرا او مكاتبا او ام ولد او معتق البعض (والصبى) لان الشهادة من باب الولاية ولا ولاية لهما (الا ان تحملا) اى الشهادة (حال الرق والصغر واديا بعد العتق والبلوغ) لانهما اهل للتحمل لان التحمل بالمشاهدة والسماع ويبقى الى وقت الاداء بالضبط وهما لاينافيان ذلك وهما اهل عند الاداء * واشار الى ان الكافر اذا تحملها على مسلم ثم اسلم فاداها تقبل * وكذا الزوج اذا تحملها لامرأته فابانها ثم شهد لها * وفى الخلاصة ومتى ردت الشهادة لعلة ثم زالت العلة فشهد فى تلك الحادثة لاتقبل الا فى اربعة العبد والكافر على المسلم والاعمى والصبى * وفى النصاب اذا شهد المولى لعبده فردت ثم شهد بعد العتق لاتقبل والمراد من الصغر ان يكون صاحب تمييز لان مطلق الصغر ليس باهل لتحمل الشهادة فعلى هذا لو قال والتمييز مكان الصغر كما فى التنوير لكان اولى * وفيما قاله يعقوب باشا من انه لايجوز للقاضى ان يقبل شهادة المملوك ويحكم به وان حكم لايصح لانه غير مجتهد فيه فيه كلام لان صاحب الكافى قال ورد شهادة المملوك والصبى خلافا لمالك فيهما فيكون مجتهدا فيهما تتبع (ولا) تقبل (شهادة المحدود فى قذف) اى لقذفه (وان) وصلية (تاب) عندنا لقوله تعالى ولاتقبلوا لهم شهادة ابدا وقوله تعالى الا الذين تابوا استثناء منفصل لان قوله تعالى اولئك هم الفاسقون كلام مبتدأ ليس من جنس الاول اذ هو اخبار وماقبله امر ونهى فلا يمكن اثبات الشركة بينهما فى المعنى فاذا صار منقطعا عن الاول لاينصرف الاستثناء المذكور الى ماقبله * وفى البحر والوجه انه متصل وتمامه فى الفتح فليراجع ولان رد شهادته من تمام حده * وفيه اشارة الى ان الشهادة قبل الحد تقبل * وفى المبسوط لاتسقط شهادة القاذف مالم يضرب تمام الحد * وعن الامام سقوطها بضرب الاكثر وعنه ايضا سقوطها بضرب واحد * وعند الائمة الثلثة تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا اذ الاستثناء متى يعقب كلمات معطوفات ينصرف الى جميع ماتقدم ولان الموجب لرد شهادته فسقه وقد ارتفع بالتوبة لكن رد الشهادة لاجل انه حد لا للفسق ولهذا لو اقام اربعة بعد ماحد على انه زنى تقبل شهادته بعد التوبة فى الصحيح لانه بعد اقامة البينة لايحد فكذا لاترد شهادته كما فى التبيين * فعلى هذا لو قيد بقوله ان لم يقم بينة على صدق مقالته لكان اولى تدبر (الا ان حد كافرا ثم اسلم) فتقبل على الكافر وعلى اهل الاسلام ضرورة لان هذه الشهادة شهادة اخرى حدثت بعد الاسلام ولم يلحقها رد بسبب الحد بخلاف العبد اذا حد ثم عتق حيث لاتقبل شهادته لانه لا

شهادة للعبد اصلا فى حالة رقه فيتوقف الرد على حدوثها فاذا حدث كان رد شهادته بعد العتق من تمام حده (ولا) تقبل (الشهادة لاصله وان) وصلية (علا) سواء كان الجد صحيحا او فاسدا (وفروعه وان سفل) لقوله عليه السلام لاتقبل شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا الولد لوالده ولان المنافع بينهما على وجه الاتصال فلا يخ من تمكن التهمة ولهذا تقبل على اصله وفرعه الا اذا شهد الجد على ابنه لابن ابنه فانها لاتقبل * اطلق الفرع فشمل الولد من وجه فلا تقبل شهادة ولد الملاعن لاصوله او هو له اولفروعه لثبوته من وجه * وتقبل شهادة الولد من الرضاع له * وتجوز شهادة الرجل لام زوجته وابيها ولزوج ابنته ولامرأة ابنه (وعبده) اى ولا تقبل شهادة المولى لعبده سواء كان للعبد دين او لم يكن لقوله عليه السلام لاتقبل شهادة المولى لعبده ولانه شهادة من نفسه من وجه (و مكاتبه) لكونه عبدا رقبة (و) لاتقبل (من احد الزوجين للآخر) لقوله عليه السلام لاتقبل شهادة المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته وقال الشافعى تجوز بلا فرق وفى الخانية ان شهد الرجل لامرأة بحق ثم تزوجها بطلت شهادته * ولو شهد لامرأته وهو عدل ولم يرد الحاكم شهادته حتى طلقها بائنا وانقضت عدتها * روى ابن شجاع ان القاضى ينفذ شهادته وبه علم ان الزوجية انما تمنع منها وقت القضاء لاوقت الاداء ولا وقت التحمل كما فى البحر * وفى كلام الخانية اشارة الى ان القاضى لاينفذ شهادته فى العدة لما فى القنية طلقها ثلاثا وهى فى العدة لاتجوز شهادته لها وشهادتها له اه * فعلى هذا لو قيده بقوله ولو فى عدة من ثلاث لكان اولى تدبر (و) لاتقبل شهادة (الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لانه مدع لنفسه فلو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة (ولا تقبل شهادة المخنث الذى يفعل الردى) لارتكاب المعصية * والمراد من المخنث هو الذى يتشبه بالنساء باختياره فى الاقوال والافعال * واما الذى فى كلامه لين وفى اعضائه تكسر خلقة فهو مقبول الشهادة * وفى البحر المخنث بكسر النون وفتحها فان كان الاول فهو بمعنى المتكسر فى اعضائه المتلين فى كلامه تشبها بالنساء وان كان الثانى فهو الذى يعمل به اللواطة (و) لا شهادة (النائحة) فى مصيبة غيرها ولو بلا اجر (والمغنية) لارتكابهما الحرام فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية * قيدنا بمصيبة غيرها لانها لو ناحت فى مصيبتها تقبل * وكذا المراد بالتغنى بين الناس فمجرد التغنى لم يسقط العدالة كما فى القهستانى (و) لاتقبل شهادة (العدو بسبب الدنيا على عدوه) لان العداوة لاجل الدنيا حرام فيظهر بالشهادة عليه عداوته اما اذا شهد لمنفعه قبلت لعدم ظهور فسقه من عداوته فيحمل على تركها * وفى القنية ان العداوة بسبب الدنيا لاتمنع مالم يفسق بسببها او يجلب بها منفعة او يدفع بها عن نفسه مضرة وما فى الواقعات وغيرها اختيار المتأخرين * واما الرواية المنصوصة فبخلافها فانه اذا كان عدلا تقبل شهادته وهو الصحيح وعليه الاعتماد وتمامه فى البحر * فليطالع (ومدمن الشرب على اللهو) سواء شرب الخمر او المسكر من المحرمات اذ بالادمان والاعلان يظهر فسقه * هذا اذا شرب على اللهو اما اذا شرب للتداوى فلا يسقط العدالة لكون الحرمة مختلفا فيها * وفى المعتبرات قالوا انما شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه عند الناس لان من

اتهم بشرب الخمر في بيته لاتبطل عدالته وان كان كبيرة وانما تبطل اذا ظهر ذلك او خرج سكران فيسخر منه الصبيان لان مثله لايحترز عن الكذب فينبغي ان لايكون المراد من الادمان الادمان في النية بان يشرب ومن نيته ان يشرب بعد ذلك اذا وجد كما في النهاية * لانه لايظهر الشرب منه كما لايخفى * وقيل المراد من مدمن الشرب على اللهو غير شارب الخمر لان شاربها مردود الشهادة ولو قطرة فلا حاجة لابطال شهادته الى الادمان ولا الى شربها على اللهو وقال الصدر الشهيد ان الخصاف يسقط العدالة بشرب الخمر من غير ادمان ومحمد شرط الادمان لسقوطها وهو الصحيح وتمام التحقيق في البحر * فليطالع (ومن يلعب بالطيور) لشدة غفلته واصراره على نوع لهو ولانه غالبا ينظر الى العورات في السطوح وغيرها وهو فسق * فاما اذا امسك الحمام الاستئناس ولايطيرها فلا تزول عدالته لان امساكها في البيوت مباح (او يلعب بالطنبور) لكونه من اللهو * والمراد من الطنبور كل لهو يكون شنيعا بين الناس احترازا عما لم يكن شنيعا كضرب القضيب فانه لايمنع قبولها الا ان يتفاحش بان يرقصون به فيدخل في حد الكبائر (او ١٢ يغني للناس) لانه يجمع الناس على الكبيرة كما في الهداية وظاهره ان الغناء كبيرة وان لم يكن للناس بل سماع نفسه للوحشة وهو قول شيخ الاسلام فانه قال بعموم المنع والامام السرخسي انما منع ما كان على سبيل اللهو ومنهم من جوزه لاسماع نفسه دفعا للوحشة وهو الصحيح كما في اكثر المعتبرات * ومنهم من جوزه في عرس او وليمة ومنهم من جوزه ليستفيد به نظم القوافي وفصاحة اللسان ومنهم من كرهه مطلقا ومنهم من اباحه مطلقا (او يلعب بالنرد) من غير شرط المقامرة اوتفويت الصلاة (او يقامر بالشطرنج اوتفوته الصلاة بسببه) اي بسبب الشطرنج لظهور الفسق بتركه الصلاة * وكذا بالمقامرة اما بدونهما لايمنع العدالة لان للاجتهاد فيه مساغا لقول مالك والشافعي باباحته وهو مروي عن ابي يوسف واختارها ابن الشحنة اذا كان لاحضار الذهن واختار ابي زيد حله * وفي النوازل سئل ابو القاسم عن من ينظر الى لاعبه من غير لعب ايجوز فقال لن يصير فاسقا وقد سوى بين النرد والشطرنج في الكنز فقال اويقامر بالنرد والشطرنج وليس كذلك * والحاصل ان العدالة انما تسقط اذا وجد واحد من خمسة القمار وفوت الصلاة بسببه واكثار الحلف عليه واللعب به على الطريق او يذكر عليه فسقا والا فلا بخلاف النرد فانه مسقط مطلقا كما في البحر * وانما لم يذكر الثلثة الاخيرة لانها ملزومة فلا تساهل في تركها (او يرتكب مايوجب الحد) اي يأتي نوعا من الكبائر الموجبة للحد لوجود تعاطيه بخلاف اعتقاده * وذا دليل قلة ديانته فلعله يجترئ على الشهادة زورا كما في الكافي * وفي الدرر هذا مخالف لما نقلناه عنه في شرب الخمر سرا لكن التوفيق بينهما ان المراد بارتكاب مايحد به ليس ارتكاب ما من شانه ان يحد به بل ارتكاب مايحد به بالفعل ولايكون ذلك الا باظهاره واطلاع الشهود عليه وفي البحر الاعانة على المعاصي والحث عليها كبيرة * ولاتقبل شهادة بائع الاكفان وقيد السرخسي بما اذا ترصد لذلك العمل والا فتقبل لعدم تمنيه الموت والطاعون * ولاتقبل شهادة الصكاكين لانهم يكتبون خلاف الواقع والصحيح

١٣ وفي الفتح التغني المحرم هو ماكان في اللفظ مالا يحل كصفة الذكر والمرأة المغنية الحية ووصف الخمر المهيج اليها والهجاء لمسلم اوذمي اذا اراد المتكلم هجاءه لا اذا اراد انشاد الشعر * واما القرأة بالالحان فاباحها قوم وحظرها قوم والمختار ان كانت الالحان لاتخرج الحروف عن نظمها فباح والا فغير مباح منه

١٣ قولهم هنا بعدم القبول شامل لما اذا كان السب فسقا او كفرا * وقد حررنا كفر سباب الشيخين في المرتد منه

١٤ ليس في الهداية مثل هذا لعله اخذ الشارح من احد شروحها

(قبولها)

قبولها اذا غلب عليهم الصلاح* ولا تقبل شهادة الطفيلي والرقاص والمجازف في كلامه والمسخرة بلا خلاف* ولا تقبل شهادة من يشتم اهله ومماليكه كثيرا الا احيانا وكذا الشتام للحيوان* ولا تقبل شهادة البخيل والذي اخر الفرض بعد وجوبه ان كان له وقت معين كالصوم والصلاة ولا تجوز شهادة تارك الجماعة الا بتأويل ولا تارك الجمعة الا بتأويل ولا تارك الصلاة* ولا تقبل شهادة اهل السجن بعضهم على بعض وذكر ابن وهبان لا تقبل شهادة الاشراف من اهل العراق لانهم قوم يتعصبون فعلى هذا كل متعصب لا تقبل شهادته اه* فينبغي ان لا تقبل في زماننا شهادة العلماء بعضهم على بعض لانهم متعصبون (او يأكل الربوا) لانه من الكبائر اي يأخذ القدر الزائد والمراد بالاكل الاخذ وشرط في المبسوط ان يكون مشهورا باكل الربوا لان التجار قلما يتخلصون عن الاسباب المفسدة للعقد وكل ذلك ربوا فلابد من الاشتهار كما في الدرر (او يدخل الحمام بلا ازار) لان كشف العورة حرام ومع ذلك يدل على عدم المبالاة (او يفعل ما يستخف به كالبول والاكل على الطريق) لانه تارك المرؤة وكذا كل من يأكل غير السوق في السوق بين الناس* والمراد بالبول على الطريق اذ كان بحيث يراه الناس وكذا غيرهما في المباحات القادحة في المرؤة كصحبة الارازل والاستخفاف بالناس وافراط المزح والحرف الدنية من نحو الدباغة والحياكة والحجامة بلا ضرورة كما في القهستاني* لكن في البحر الصحيح القبول اذا كان عدلا ومثله النخاسون والدلالون (او يظهر ١٣ سب) واحد من (السلف) وهم الصحابة والعلماء المجتهدون رضوان الله تعالى عليهم اجمعين لان هذه الافعال تدل على قصور عقله ومرؤته ومن لم يمتنع عنها لا يمتنع عن الكذب كما في الدرر* وزاد في الفتح العلماء ولو قال او يظهر سب مسلم لكان اولى لان العدالة تسقط بسب مسلم وان لم يكن من السلف كما في الهداية وغيرها* قيد بالاظهار لانه لو كتمه تقبل ١٤ كما في الهداية (وتقبل الشهادة لاخيه وعمه) ولسائر الاقارب غير الولاد (ومحرمه رضاعا او مصاهرة) كام امرأته وزوج بنته وامرأة ابيه وابنه لان الاملاك ومنافعها متميزة بينهم ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض فلا يتحقق التهمة (و) تقبل (شهادة اهل الاهواء) مطلقا سواء كان على اهل السنة او بعضهم على بعض او على الكفرة اذا لم يكن اعتقادهم مؤديا الى الكفر كما في الذخيرة* وهم اهل القبلة الذين معتقدهم غير معتقد اهل السنة بعض الامور ١٥ كالجبرية والقدرية والروافض والخوارج والمعطلة والمشبهة وكل منهم اثنى عشر فرقة على ماهو المذكور في الكتب الكلامية* وقال الشافعي لا تقبل شهادة كلها لاشتداد فسقهم* ولنا ان فسقهم كان من حيث الاعتقاد ولم يوقعهم في هذا الهوى الا تدينهم فصار ١٦ كمن يشرب المثلث او يأكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي (الا ١٧ الخطابية) هم قوم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم* وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكن التهمة في شهادتهم فلا تقبل (و) تقبل شهادة (الذمي على مثله) اي على ذمي آخر (وان) وصلية (اختلفا ملة) كاليهود والنصارى اذ الكفر ملة واحدة* وقال ابن ابي

١٥ وفي القهستاني الخارجية المكفرون للختنين وطلحة والزبير وعائشة ومعاوية رضي الله عنهم والرافضية الملعونون اللاعنون على الصهرين وغيرهما من الاخيار عليهم رضوان الله الى يوم القرار والقدرية النافون للقضاء والقدر عنه تعالى والجبرية النافون لقدرة العبد والمعطلة القائلون بخلو الذات عن الصفات والمرجئة النافون لضرر الذنب مع الايمان* ثم صار كل فرقة اثنتي عشرة فهم اثنان وسبعون فريقة كلهم في النار الا من انقذهم التوحيد منه

١٦ كمن يستبيح المثلث نسخة

١٧ الخطابية طائفة من الروافض رئيسهم ابو الخطاب محمد بن ابي وهب قتله عيسى بن موسى بالكوفة* يزعم ان عليا الاله الاكبر وجعفر الاصغر فعلى هذا ان عدم قبول شهادتهم لكفرهم لانهم يستجيزون الشهادة لكل من حلف عندهم كما صرح به القهستاني تدبر منه

ليلى لاتقبل ان تحالفالا اعتقادا* وفى الغرر وتقبل من كافر على عبد كافر مولاه مسلم او على حر كافر موكله مسلم بلا عكس (و) تقبل شهادة الذمى (على المستأمن) لان الذمى اعلى حالا منه لكونه من اهل دارنا ولهذا يقتل المسلم بالذمى لا بالمستأمن (دون عكسه) اى لا تقبل شهادة المستأمن على الذمى لقصور ولايته عليه لكونه ادنى حالا منه (و) تقبل شهادة (المستأمن على مثله ان كانا من دار واحدة) حتى لو كانا من اهل دارين كالروم والترك لا تقبل لان الولاية فيما بينهم تنقطع باختلاف المنعتين ولهذا لايجرى التوارث بينهما* وقال الشافعى ومالك لا تقبل شهادة اهل ملة على اهل ملة اخرى (و) تقبل شهادة (١٨ عدو بسبب الدين) اى بامر دينى لانه لا يكذب لدينه كاهل الاهواء* هذا تصريح بما علم ضمنا لانه يفهم من قوله ولا تقبل شهادة العدو بسبب الدنيا (و) تقبل شهادة (من الم بصغيرة) اى ارتكب صغيرة بلا اصرار عليها (ان اجتنب الكبائر) اى كل فرد من افراد الكبائر كما فى اكثر الكتب* لكن فى القهستانى نقلا عن الخلاصة المختار اجتناب الاصرار على الكبائر فلو ارتكب كبيرة مرات قبل شهادته واختلفوا فى الكبيرة والاصح انه ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله والدين (وغلب صوابه) على خطائه ان كثرت حسناته بالنسبة الى سيئاته ممن اجتنب الكبائر* وفى الاختيار ولابد ان يكون صلاحه اكثر من فساده معتاد الصدق مجتنبا على الكذب صحيح المعاملة فى الدينار والدرهم مؤديا للامانة قليل اللهو والهذيان* قال عمر لا تغرنكم طنطنة الرجل فى صلاته انظروا الى حاله عند درهمه وديناره اما الالمام بمعصية لا يمنع قبول الشهادة لما فى اعتبار ذلك من سد باب الشهادة اه (و) تقبل شهادة (الاقلف) لاطلاق النصوص عن قيد الختان لكونه سنة عندنا اطلقه تبعا لما فى الكنز* لكن قيده قاضيخان وغيره بان يتركه لعذر كالكبر او خوف الهلاك اما اذا تركه على وجه الاعراض عن السنة او لاستخفاف بالدين فلا تقبل فالامام لم يقدر بوقت وغيره من وقت الولادة الى عشر سنين وقيل الى اثنا عشر (و) تقبل شهادة (١٩ الخصى فان عمر قبل شهادة علقمة الخصى ولانه قطع منه عضو ظلما كما لو قطعت يده ظلما* وكذا الاقطع اذا كان عدلا لما روى ان النبى عليه الصلاة والسلام قطع يد رجل فى سرقة ثم كان بعد ذلك يشهد فتقبل شهادته كما فى المنح (وولد الزنى) لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد خلافا لمالك (والخنثى) ان لم يكن مشكلا وان كان مشكلا يجعل امرأة فى حق الشهادة احتياطا وينبغى ان لاتقبل فى الحدود والقصاص كالنساء (والعمال) والمراد بهم عمال السلطان الذين يأخذون الحقوق الواجبة كالخراج ونحوه عند الجمهور لان نفس العمل ليس بفسق فتقبل الا اذا كانوا اعوانا على الظلم فلا تقبل كما فى البحر* وقيل العامل ان كان وجيها فى الناس ذا مروءة لا يجازف فى كلامه تقبل* والحاصل انهم ان كانوا اعدولا تقبل والا فلا* وقيل اراد بالعمال الذين يعملون ويواجرون انفسهم للعمل لان من الناس من رد شهادة اهل الصناعات الخسيسة فافرد هذه المسئلة لاظهار مخالفتهم* وفى البحر وذكر الصدر ان شهادة الرئيس لا تقبل وكذا الجابى* والمراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى فى بلادنا شيخ البلد ومثله المعرفون فى

١٨ وفى الخزانة العدو من يفرح بحزنه ويحزن بفرحه وقيل يعرف بالعرف منه
١٩ الخصى بفتح الخاء فعيل منزوع الخصى منه

(المراكب)

المراكب والعرفاء في جميع الاصناف وضمان الجهات في بلادنا لانهم كلهم اعوان على الظلم كذا في الفتح (و) تقبل شهادة (المعتق) بفتح التاء (لمعتقه) وعكسه لانه لاتهمة * وقد قبل شريح شهادة قنبر وكان عتيقه وهو بفتح القاف والباء واما قنبر بضم القاف فهو جد سيبويه * وفيه اشعار بان العتيق لو كان متهما لم تقبل * ولذا قال في الخلاصة ولو شهد العبد ان العتق على ان الثمن كذا عند اختلاف البائع والمشتري لاتقبل لانهما يجران لانفسهما نفعا باثبات العتق لانه لولا شهادتهما لتحالفا وفسخ البيع المقتضي لابطال العتق * ولا يعارضه مافي الخلاصة لو اشترى غلامين واعتقهما فشهد المولاهما على البائع انه قد استوفى الثمن جازت شهادتهما لانهما لا يجران نفعا ولا يدفعان مغرما وشهادتهما بان البائع ابرأ المشتري من الثمن كشهادتهما بالايفاء كما في الخانية كما في المنح (والمعتبر حال الشاهد وقت الاداء لا) وقت (التحمل) كما بيناه (ولو شهدا) اى ابنا الميت (ان اباهما اوصى الى زيد) اى جعله وصيا (وزيد يدعيه) اى الايصاء * قال المولى سعدي المراد من قوله والوصي يدعي اي الوصي يرضى اه * لكن الدعوى تستلزم الرضى بطريق ذكر الملزوم وارادة اللازم تدبر (قبلت) شهادتهما (وان انكر) ذلك الوصي (فلا) اى لاتقبل شهادتهما لان القاضي لايملك اجبار احد على قبول الوصية (و لو شهدا ان اباهما الغائب وكله) اى زيدا بقبض دينه اووكله بالخصومة (لاتقبل وان) وصلية (ادعاه) لان القاضي لايملك نصب الوكيل عن الغائب بتعيينهما فشهادتهما تصير لنفعهما اذ يمكن ان يتواضعا مع الوكيل على اخذ المال فلا تقبل للتهمة بخلاف مسئلة الوصية لان القاضي يملك نصب الوصي عند الطلب والحاجة فبشهادتهما اولى * وهذا استحسان * والقياس يمنع الجواز لانهما قصدا من يقوم باحياء حقوقهما فلا تقبل للتهمة * والظاهر ان الضمير في قوله وان ادعاه يرجع الى الوكالة اى وان ادعى الوكيل الوكالة * فعلى هذا لو قال وان ادعاها بالتأنيث لكان اظهر (ولو شهد دائنا ميت) اى لو شهد غريمان انهما على الميت دين (انه) اى الميت (اوصى الى زيد) اى جعله وصيا (وهو) اى زيد (يدعيه) اى الايصاء (قبلت) شهادتهما كما اذا شهدا بدين على الميت لرجلين ثم شهد المشهود لهما للشاهدين بدين على الميت تقبل شهادتهما عند الطرفين لان كل فريق يشهد بالدين في الذمة ولاشركة له في ذلك وانما تثبت الشركة في المقبوض بعد القبض * وقال ابو يوسف لاتقبل لان احد الفريقين اذا قبض شيئا من التركة بدينه يشركه الفريق الآخر فصار كل شاهدا لنفسه كما في المنح (وكذا لو شهد مديوناه) اى لو شهد مديونا ميت ان الميت اوصى الى زيد وهو يدعيه قبلت شهادتهما استحسانا * والقياس يمنع الجواز في الصورتين لان الدائنين قصدا من يؤدي حقهما والمديونين قصدا البراءة بالدفع اليه فلا تقبل للتهمة (او) شهد من (اوصى لهما) بان الميت قد اوصى الى زيد وهو يدعيه (او) شهد (وصياه) بان الميت قد اوصى الى زيد وهو يدعيه قبلت استحسانا * والقياس يمنع الجواز في الصورتين لانهما ارادا نصب من يوصل حقهما في الاولى ونصب من يعينهما على التصرف في مال الميت في الثانية فالنفع يرجع اليهما فلا تقبل *

لا يقال بان الميت اذا كان له وصيان فالقاضى لا يحتاج الى نصب آخر لانه يملكه لاقرارهما بالعجز عن القيام بامور الميت بخلاف ما اذا كان الوصى جاحدا فى جميع هذه الصور لان القاضى لا يملك اجبار احد قبول الوصاية كما مر آنفا* ولابد من كون الموت معروفا فى الكل اى ظاهرا الامسئلة الغريمين للميت عليهما دين فانها تقبل وان لم يكن الموت معروفا* وفى البحر ولو شهد الوصى بعد العزل للميت ان خاصم لا تقبل والا تقبل كما لو شهد الوكيل بعد عزله للموكل ان خاصم لا تقبل والا تقبل ثم ٢١ قال نقلا عن البزازية واما شهادة الوصى بحق الميت على غيره بعد ما اخرجه القاضى عن الوصاية قبل الخصومة او بعدها لا تقبل* وكذا لو شهد الوصى بحق للميت بعد ما ادركت الورثة لا تقبل* ولو شهد الوصى لبعض الورثة على الميت اذا كان المشهود له صغيرا لا تجوز اتفاقا وان بالغا فكذلك عنده* وعندهما تجوز* ولو شهد لكبير على اجنبى تقبل فى ظاهر الرواية* ولو شهد للوارث الكبير والصغير فى غير ميراث لم تقبل* ولو شهد الوصيان على اقرار الميت بشئ معين لوارث بالغ تقبل انتهى (ولا ٢٢ تقبل الشهاد) حال كونها مشتملة (على جرح مجرد) اى جارحية مجردة اى يترتب عليه ما يترتب على الجرح من دفع الخصومة عن المشهود عليه* ولذا يقال له الجرح المفرد (وهو) اى الجرح المجرد (ما يفسق به) شاهد المدعى المعدل فان الحكم لم يجز ٢٣ قبل التعديل لا سيما اذا جرح* وعند الشافعى تسمع ويحكم به وكذا نقل عن الخصاف (من غير ايجاب حق للشروع) كوجوب الحد (او للعبد) كوجوب المال فلو اوجبه تقبل (نحو) ان يشهدوا (هو) اى الشاهد (فاسق او آكل ربوا او انه استأجرهم) او ٢٤ شارب خمر فى وقت او زان فى وقت او على اقرارهم انهم شهدوا بزور او ان المدعى مبطل فى هذه الدعوى او انهم لا شهادة لهم على المدعى عليه فى هذه الحادثة* وانما تقبل هذه الشهادات بعد التعديل لان العدالة بعد ما ثبتت لا ترتفع الا باثبات حق الشرع او العبد وليس فى شئ مما ذكر اثبات واحد منهما بخلاف ما اذا وجدت قبل التعديل فانها كافية فى الدفع ومن القواعد المقررة ان الدفع اسهل من الرفع وهو السر فى كون الجرح المجرد مقبولا قبل التعديل ولو من واحد ولذا قيدنا بالمعدل وغير مقبول بعده بل يحتاج الى نصاب الشهادة واثبات حق الشرع او العبد كما فى الدرر* فعلى هذا لو قال ولا تقبل الشهادة بعد التعديل كما فى الغرر لكان اولى (ولا تقبل) الشهادة (على اقرار المدعى بفسقهم) اى بفسق شهوده لانهم ما اظهر والفاحشة بل حكوا عنه والاقرار مما يدخل تحت الحكم فهذه الشهادة ليست على جرح مجرد بخلاف الشهادة على اقر الشهود مع انه لا يدخل تحت الحكم لان فيه هتك المبروبه يثبت الفسق فلا تقبل (و) تقبل (على انهم) اى الشهود (عبيد) او احدهم عبد (او) انهم (محدودون فى قذف او) انهم (شاربوا خمر) الآن ولم يتقادم العهد* ولو كان متقادما لا تقبل كما مر* وكذا تقبل على انهم سرقوا منى كذا او زنوا النسوة بلا تقادم ما لم يزل الريح فى الخمر ولم يمض شهر فى الباقى (او) انهم (قذفة) لفلان وهو يدعيه فان الكل توجب حقا للشرع وهو الرق فى العبد

٢١ اى قال صاحب البحر م

٢٢ وفى اكثر الكتب وانما لم تقبل لان الشاهد صار فاسقا باشاعة الفاحشة المحرمة بالنص بلا ضرورة فان الشهادة الكاذبة يندفع باخبار القاضى منه

٢٣ قال يعقوب باشا وقيل ههنا كلام وهو ان الغرض ان مثل الشهادة لا تعتبر سواء كانت قبل التعديل او بعده فلا حاجة الى ما ذكر من الصورة المقيدة* والجواب ان معنى اعتبار شهادة الجرح عدم قبول الشهادة للدعوى والحكم بها وهذا المعنى حاصل قبل التعديل لا بعده فينبغى التقييد بما بعده كما لا يخفى اه منه

والحد في الباقي (او) انهم (شركاء المدعى) شركة مفاوضة والمدعى مال اوجود التهمة كما اذا شهد ولد المدعى اووالده (اوانه) اى المدعى (استأجرهم لها) اى للشهادة (بكذا واعطاهم ذلك) اى الاجر (مما عنده) اى من الشيء الذى عنده فيكون ما موصولة وفي بعض النسخ من مالى عنده اى من مالى الذى كان عنده لان المدعى عليه خصم في ذلك فثبت الجرح بناء عليه (او) انهم على (انى صالحتهم بكذا) من المال (ودفعته) اى المال (اليهم) اى الى الشهود (على ان لايشهدوا على) بهذا الباطل (فشهدوا) فعليهم ان يردوا المال على انهم اخصام في ذلك (ومن شهد ولم يبرح) اى لم يزل عن مجلس القاضى (حتى قال اوهمت بعض شهادتى) منصوب على نزع الخافض اى في بعض شهادتى (قبل ان كان عدلا) والمراد بالقبول قبول شهادته لاقبول قوله اوهمت لما في الهداية فان كان عدلا جازت شهادته * ومعنى قوله اوهمت اى اخطأت بنسيان ما كان يحق على ذكره اوبزيادة ٧ كانت باطلة * ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه في اوان المجلس وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعى بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف المجلس * وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب و ٢ هذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا بأس باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجرى مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا * وعن الشيخين انه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا والظ ما ذكرناه انتهى وفي الدرر اذ تذكر لفظا بعد ما شهد في شهادته فذكره يقبل اذا لم يكن فيه مناقضة * واطلق في الجامع الصغير والمحيط انه اذا لم يبرح من مكانه جاز ذلك اذا كان عدلا ولم يشترط عدم المناقضة وانه شرط حسن ذكره الزاهدى

باب الاختلاف في الشهادة

تأخير الاختلاف في الشهادة عن اتفاقها مما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق اصلا والاختلاف انما هو بعارض الجهل والكذب فاخره وضعا للتناسب كما في العناية (شرط ٣ موافقة الشهادة الدعوى) لانها لو خالفتها فقد كذبتها والدعوى الكاذبة لايعتبر وجودها * الشرط توافقهما في المعنى دون اللفظ حتى لو ادعى المدعى الغصب فشهدا باقرار المدعى عليه بذلك تقبل كما في اكثر الكتب * وما في الوقاية من انه شرط موافقة الشهادة الدعوى كاتفاق الشاهدين لفظا ومعنى مخالف لما في اكثر الكتب تدبر ثم فرعه فقال (فلو ادعى دارا شراء او ارثا وشهدا) اى الشاهدان (بملك مطلق ردت) شهادتهما لانهما شهدا باكثر مما ادعاه المدعى لانه ادعى ملكا حادثا وهما شهدا بملك قديم وهما مختلفان فان الملك في المطلق يثبت من الاصل حتى يستحق بزوائده ولا كذلك في الملك الحادث ويرجع الباعة بعضهم الى بعض فيه فصار اغيرين (وفي عكسه) اى ادعى ملكا مطلقا وشهدا بملك بسبب كالشراء او الارث (تقبل) الشهادة لانهما شهدا باقل مما ادعاه فلم تخالف شهادتهما الدعوى للمطابقة معنى (وكذا شرط اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى) لان القضاء لايجوز الا بحجة وهى

بغير حق الله او حق العبد لان اقرارهم بشهادة الزور او بشرب الخمر مع ذهاب الرائحة يوجب التعزير وهو هنا من حقوق الله * قلت الظ ان مرادهم بما يوجب حق الله الحد لا التعزير لقولهم وليس في وسع القاضى الزامه لانه يدفعه بالتوبة لان التعزير حق الله يسقط بالتوبة بخلاف الحد ولا يسقط بها منه ٧ جملة كانت باطلة صفة لزيادة منه ٢ هذا اذا كان الموضع موضع شبهة اى شبهة التلبيس منه ٣ الاصل ان الشهادة على حقوق العباد لاتقبل بلا دعوى من مدع لما ان ثبوت حقهم يتوقف على مطالبتهم ولو بالتوكيل بخلاف حقوق الله حيث لايشترط فيها الدعوى والمراد بالموافقة موافقة المطالبة او كون المشهود به اقل من المدعى به بخلاف ما اذا كان اكثر منه

شهادة المثنى فالم يتفقا فيما شهدا به لاتثبت الحجة مطلقا والموافقة المطلقة باللفظ والمعنى * وهذا عند الامام * وقالا الاتفاق فى المعنى هو المعتبر لاغير * والمراد بالاتفاق فى اللفظ تطابق اللفظين على افادة المعنى بطريق الوضع لابطريق التضمن حتى لو ادعى رجل بمائة درهم فشهد شاهد بدرهم وآخر بدرهمين وآخر بثلاثة وآخر باربعة وآخر بخمسة لم تقبل عنده لعدم الموافقة لفظا وعندهما يقضى باربعة لاتفاق الشاهدين الاخيرين فيها معنى * ثم فرعه فقال فلاتقبل الشهادة (لو شهد احدهما بالف او مائة او طلقة و) شهد (الآخر بالفين و بمائتين و بطلقتين او ثلاث) عند الامام لعدم الاتفاق لفظا ولان الدلالة على الاقل بالتضمن غير معتبر الا يرى انه لو شهد احدهما بانه قال لامرأته انت خلية وشهد الآخر انه قال انت برية لا يثبت شئ وان اتفق المعنى كما لو ادعى غصبا او قتلا فشهد احدهما به والآخر بالاقرار به حيث لاتقبل * و كذا فى كل قول جمع مع فعل لاتقبل كما لو ادعى عليه الفا فشهد احدهما انه دفع لهذا المدعى عليه الفا وشهد الآخر على اقرار المدعى عليه بها لايجمع لان هذا قول وفعل وذكروا انه لا يجمع بين القول والفعل كما فى المنح (وعندهما) والائمة الثلاثة (تقبل على الاقل) اى على الالف او المائة او الطلقة عند دعوى الاكثر لاتفاقهما على الاقل معنى من غير قدح * ولو ادعى الاقل لايثبت شئ عندهم لان المدعى مكذب لشاهد الاكثر * وفى النهاية ان كانت المخالفة بينهما فى اللفظ دون المعنى تقبل كما لو شهد احدهما على الهبة والآخر على العطية لان اللفظ ليس بمقصود فى الشهادة بل المقصود ما صار اللفظ علما عليه فاذا وجدت الموافقة فى ذلك لاتضير المخالفة فيما سواها * وكذا اذا شهد احدهما بالنكاح والآخر بالتزويج تقبل ذكره فى المحيط ولم يحك فيه خلافا * وفى البحر تفصيل فليطالع (ولو شهد احدهما بالف والآخر بالف ومائة والمدعى يدعى الاكثر) اى الفا ومائة (قبلت) شهادتهما (على الالف اتفاقا) لاتفاقهما على الالف لفظا ومعنى وقد انفرد احدهما بالف ومائة بالعطف والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما اتفقا عليه * قيد بدعوى الاكثر لانه لو ادعى الاقل بان قال لم يكن الا الالف او سكت عن دعوى المائة الزائدة لاتقبل لظهور تكذيبه الشاهد فى الاكثر الا اذا ادعى التوفيق بان قال كان اصل حق الفا ومائة لكن ابرأت المائة عنها او استوفيت قبلت للتوفيق (وكذا مائة ومائة وعشرة) يعنى لو شهد احدهما بمائة والآخر بمائة وعشرة والمدعى يدعى الاكثر تقبل على مائة اتفاقا (و) كذا (طلقة وطلقة ونصف) اى شهد احدهما بطلقة والآخر بطلقة ونصف تقبل اتفاقا على طلقة ان ادعى الاكثر * بخلاف العشرة وخمسة عشر حيث لاتقبل لانه مركب كالالفين اذ ليس بينهما عطف * وفى البحر شهد احدهما على خمسة عشر والآخر على عشرة وخمسة والمدعى يدعى خمسة عشر ينبغى ان تقبل (ولو شهدا بالف او بقرض الف وقال احدهما) اى احد الشاهدين (قضى منها) اى من الالف (كذا) اى خمسمائة مثلا (قبلت) شهادتهما (على الالف) لاتفاقهما على وجوب الالف (لا) تقبل (على القضاء) لانه شهادة فرد (مالم يشهد به) اى الآن بشهد معه (آخر) وعن ابى يوسف انه يقضى بخمسمائة لان شاهد القضاء

(مضمون)

مضمون شهادته ان لادين الا خمسمائة (وينبغي) اي يجب (من علمه) اي علم قضاءه بعضه (ان لا يشهد) بالالف كله (حتى يقر المدعي به) اي بما قبض كي لا يكون معينا على الظلم (ولو شهدا بقتله) اي بقتل شخص (زيدا يوم النحر بمكة و) شهد (آخران بقتله) اي بقتل ذلك الشخص (اياه) اي زيدا (فيه) اي في يوم النحر (بكوفة ردتا) بالاجماع لان احديهما كاذبة بيقين و لا مجال للترجيح لان القتل من باب الفعل والفعل الواحد لا يتكرر * وكذا لو اختلفا في الزمان او الآلة التي قتل بها ردتا ايضا فقد يكون المشهود به القتل لانهم لو شهدوا على اقرار القاتل بذلك في وقتين او مكانين تقبل كما في البحر (فان قضى باحديهما) اي باحدى الشهادتين (اولا بطلت) الشهادة (الاخيرة) بالاجماع لان الاولى ترجحت على الاخرى باتصال القضاء بها فلا تنقض بالثانية (ولو شهدا بسرقة بقرة واختلفا) اي الشاهدان (في لونها) اي في لون البقرة * اطلق اللون فشمل جميع الالوان وهو الصحيح * اي قال احدهما حمراء والآخر صفراء او قال احدهما سوداء والآخر بيضاء (قطع) اي قبلت شهادتهما وقطعت يد السارق عند الامام لانهما اختلفا فيما ليس في صلب الشهادة * ولذا لو سكتا من ذكر اللون تقبل شهادتهما مع ان التوفيق ممكن بين اللونين لان السرقة تكون في الليالي غالبا ويكون التحمل فيها من بعيد فيتشابه عليهما اللونان او يجتمعان بان يكون السواد من جانب فاحدهما يراه والبياض من جانب والآخر يراه * وفي الاصلاح ويرد عليه انه احتيال في ايجاب الحد والاصل خلاف ذلك * وما قيل في دفعه انه صيانة للحجة عن التعطيل وانما يجب الحد ضرورة ضعيف كما لا يخفى و لو قيل يثبت المال لامكان التوفيق ويسقط الحد لمكان الشبهة لكان اوفق الى الاصول و اقرب الى المعقول (وان اختلفا في الذكورة والانوثة) اي قال احدهما سرق ذكرا والاخر قال انثى (لا) قطع اتفاقا لعدم تطابق الشاهدين في المعنى لاختلافهما في جنسين متباينين (وعندهما) وهو قول الائمة الثلاثة (لا يقطع فيهما) اي فيما اختلفا في لونها وفيما اختلفا في الذكورة والانوثة لان البقرة البيضاء غير السوداء فكانا سرقتين مختلفين ولم يتم على واحد نصاب الشهادة فصار كالاختلاف في الذكورة والانوثة * قيل هذا الاختلاف فيما اذا ادعى سرقة بقرة فقط من غير تقييد بوصف * فاذا ادعى سرقة بقرة سوداء او بيضاء فاختلف الشاهدان لا تقبل اجماعا كما لا تقبل عند اختلافهما في المروي والهروي في سرقة الثوب لان المدعي كذب احدهم (وفي الغصب) يعني لو شهدا بغصب بقرة واختلفا في لونها لا تقبل اتفاقا لان التحمل فيه بالنهار غالبا على قرب منه فلا يشتبه عليهما * وفي التنوير وفي العين تقبل (و لو شهد واحد بالشراء او الكتابة بالف) متعلق بهما (و) شهد (الآخر) بالشراء او الكتابة (بالالف ومائة ردت) شهادتهما لان المقصود اثبات السبب وهو العقد فالبيع بالف غير البيع بالف ومائة فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما * ولا فرق بين ان يكون المدعي هو البائع او المشتري وبين ان يدعي اقل المالين او اكثرهما كما سيجيء * وكذا لو اختلفا في مقدار بدل الكتابة لا تقبل شهادتهما لما قررناه (وكذا العتق على مال والصلح عن

قودو الرهن والخلع ان ادعى العبد) في الصورة الاولى (والقاتل) في الثانية والراهن في الثالثة (والمرأة) في الرابعة لان هؤلاء لا يقصدون اثبات المال بل اثبات العقد وهو مختلف فلاتقبل (وان ادعى الآخر) اى المولى في العتق على مال وولى المقتول في الصلح عن قود والمرتهن في الرهن والزوج في الخلع بان يدعى مولى العبد انى اعتقت على الف ومائة وقال العبد على الف او ادعى ولى القصاص صالحتك على الف ومائة وقال القاتل على الف * كذا الباقيان (كان كدعوى الدين) فيما ذكر من الوجوه من انها تقبل على الالف اذا ادعى الفا ومائة بالاتفاق واذا ادعى الفين لاتقبل عنده خلافا لهما * وان ادعى الاقل من المالين تعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقى الدعوى في الدين وفي الرهن اذا كان المدعى هو الراهن لاتقبل لعدم الدعوى لانه لما لم يكن له ان يسترد الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير مفيدة فكانت كأن لم تكن وان كان هو المرتهن كان بمنزلة الدين يقضى باقل المالين اجماعا * في العناية والدرر كلام فليطالع (والاجارة كالبيع عند اول المدة) يعني اذا كانت الدعوى في الاجارة في الاول المدة قبل استيفاء المعقود عليه واختلف الشاهدان لاتقبل كما لا تقبل عند الاختلاف في المبيع للحاجة الى اثبات العقد سواء ادعى الموجر او المستأجر وسواء كانت الدعوى باقل المالين او اكثرهما (وكالدين بعدها) اى بعد المدة فثبت ما اتفق عليه الشاهدان وهو الاقل اما اذا كان المدعى هو الاجر فانه لاحاجة حينئذ الى اثبات العقد واما ان كان المستأجر فلان ذلك منه اعتراف بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف به من غير حاجة الى اتفاق الشاهدين واختلافهما * هذا ان ادعى الاكثر وان اقل لاتقبل شهادة من شهد باكثر لان المدعى يكذبه وفي بعض الشروح فان كان الدعوى من المستأجر فهو دعوى العقد بالاجماع وهو في معنى الاول لان الدعوى اذا كانت في العقد بطلت الشهادة فيؤخذ المستأجر باعترافه كما في العناية (وفي النكاح تقبل) الشهادة (بالالف) اذا اختلف الشاهدان في قدر المهر بان شهد احدهما بالنكاح بالالف والاخر بالف ومائة عند الامام (استحسانا) لان المال في النكاح تابع ومن حكم التابع ان لا يغير الاصل ولذا لا يبطل بنفيه ولا يفسد بفساده وكذا لا يختلف باختلافه فاذا اتفقا على الاصل وهو الملك والحل فيلزم القضاء به فيبقى المهر مالا منفردا وقضى باقل المالين (ولا فرق فيه بين دعوى الاقل والاكثر) وهو الصحيح وبين كون الدعوى من الزوج او الزوجة وهو الاصح لان المنظور اليه هو النكاح وهو لا يختلف بالاختلاف المهر لكونه غير مقصود فلزوم اكذاب شاهد الاكثر عند دعوى الاقل لا يضر في ثبوت النكاح * وقيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية فان كان المدعى هو الزوج لاتقبل اجماعا (وقالا) وهو قول الائمة الثلاثة (ردت) الشهادة (فيه) اى في النكاح (ايضا) اى كما في البيع ولا يقضى بشئ لان المقصود من الجانبين اثبات السبب اذا النكاح بالف غير النكاح بالف ومائة * وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع قول الامام فالعمل بالاستحسان اولى * وفي الشمني وغيره ولو اختلف الشاهدان

في الزمان او المكان في البيع والشراء والطلاق والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبرائه والكفالة والحوالة والقذف تقبل * ولو اختلفا في الجناية والغصب والقتل والنكاح لاتقبل وفي البحر تفصيل فليراجع (ولابد من الجر في شهادة الارث) يعني اذا ادعى الوارث عينا في يد انسان انها ميراث ابيه وشهدا ان هذه كانت لابيه لايقضى له حتى يجر الميراث حقيقة (بان يقول الشاهد مات وترك ميراثا للمدعي) او حكما كما اشار اليه بقوله (اومات وهذا ملكه او في يده) وتصرفه اما ان قال انه كان لابيه لاتقبل شهادته لعدم الجر حقيقة وحكما * هذا عند الطرفين (خلافا لابي يوسف) فانه قال تقبل شهادة بلاجر لان ملك المورث ملك الوارث لكون الوارثة خلافة ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث * ولهما ان ملك الوارث يتجدد في الاعيان وان لم يتجدد في حق الديون ولهذا يجب الاستبراء على الوارث في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير والمتجدد يحتاج الى النقل لئلا يكون استصحاب الحال مثبتا * لكن يكتفي بالشهادة على قيام الملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال حينئذ ضرورة * وكذا الشهادة على قيام يده لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت ان يسوي اسبابه ويبين ما كان من الودائع والغصوب فاذا لم يبين فالظاهر من حاله ان ما في يده ملكه فجعل اليد عند الموت دليل الملك كما في العناية والدرر * وقال صاحب المنح ولابد مع الجر المذكور من بيان سبب الوارثة واذا شهدوا انه اخوه فلابد من بيان انه اخوه لابيه وامه او لاحدهما ولابد من قول الشاهد لاوارث له غيره * ولو قال لاوارث له بارض كذا تقبل عنده خلافا لهما * وذكر اسم الميت ليس بشرط حتى لو شهدوا انه جده ابو ابيه ووارثه ولم يسم الميت تقبل بدون اسم الميت (فان قال) الشاهد (كان هذا الشيء لابي المدعي اعاره من ذي اليد واودعه اياه قبلت) الشهادة (بلاجر) لان يد المستعير والمودع والمستأجر يد الميت فصار كأنه شهد بان اباه مات والمنزل في يده (وان شهدا ان هذا الشيء كان في يد المدعي ٤ منذ كذا) والحال انه ليس في يده عند الدعوى (ردت) شهادتهما * وعند ابي يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك (وان شهدا انه كان ملكه قبلت) فكذا هذا وصار كما لو شهدا بالاخذ من المدعي * ووجهه ظاهر وهو قول الطرفين ان الشهادة قامت بمجهول فان اليد متنوعة الى يد ملك وامانة وضمان فلا يمكن القضاء بالشك بخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف * وعن هذا قال وان شهدا انه كان ملكه قبلت شهادتهما للامر (ولو اقر المدعى عليه انه كان في يد المدعي امر بالدفع اليه) اي الى المدعي لان الجهالة في المقر به لاتمنع صحة الاقرار (وكذا) يؤمر بدفعه (لو شهدا باقراره) اي اقرار المدعى عليه (بذلك) اي بانه كان في يد المدعي لان الاقرار معلوم فتصح الشهادة به

باب الشهادة على الشهادة

لايخفى حسن تأخير شهادة الفروع عن الاصول (تقبل) الشهادة على الشهادة استحسانا في جميع الحقوق كالاموال والوقف على الصحيح احياء له وصونا عن اندراسه

---

٤ قوله منذ كذا ليس بقيد فان الخلاف ثابت فيما لم يذكره فانه ذكره التمرتاشي لو شهدوا لحي ان العين كانت في يده لم تقبل لان اليد محتملة يد غصب ويد ملك فان كانت يد غصب عن ذي اليد لايجب اعادته وان كانت يد ملك تجب فلا تجب بالشك كما في النهاية وغيرها منه

والتعزير كما فى البحر * ه وفى الاختيار هذا رواية عن ابى يوسف وعن الامام انها لم تقبل و قضاء القاضى و كتابه كما فى الخانية (فى غير حدوقود وان) وصلية (تكررت) مرتين او مرات اى تجوز فى درجات ثم فثم كما تجوز فى درجة وكان القياس ان لا تجوز لان الشهادة عبادة بدنية والنيابة لا تجرى فيها * وجه الاستحسان ان الحاجة ماسة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن ادائها لبعض العوارض فلو لم تجز لادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزت وان كثرت اى وان بعدت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص وعند الائمة الثلاثة تقبل فيما يسقط بها ايضا (وشرط لها) اى لهذه الشهادة (تعذر حضور الاصل) اى اصل الشاهد على القضية لادائها باحد من الاسباب الثلاثة (بموت) اى بموت الاصل كما فى الهداية وغيرها لكن فى القهستانى نقلا عن النهاية ان الاصل اذا مات لا تقبل شهادة فرعه فيشترط حياة الاصل (او مرض) اى يكون مريضا مرضا لا يستطيع به حضور مجلس القاضى فيه اشعار بانها تقبل اذا كان الاصل مخدرة وهى التى لا تخالط الرجال ولو خرجت لقضاء الحاجة او للحمام كما فى القنية وكذا اذا حبس الاصل فى سجن الوالى واما فى سجن القاضى ففيه خلاف كما فى السراج * فعلى هذا ان ذكر الثلاثة ليس بحصر (وسفر) شرعى فى ظاهر الرواية وعليه الفتوى لان جوازها عند الحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء تحقق العجز بلا مرية فلو كان الفرع بحيث لو حضر الاصل مجلس الحكم امكنه البيتوتة فى منزله لم تقبل * وعند اكثر المشايخ وهو قول الائمة الثلاثة تقبل وعليه الفتوى كما فى السراجية والمضمرات قالوا الاول احسن والثانى ارفق * وعن محمد انه يجوز كيف ما كان ولو كان الاصل فى المصر (و) شرط (ان يشهد عن كل اصل اثنان) لان شهادة واحد على شهادة واحد ليس بحجة خلافا لمالك (لا) يشترط (تغاير فرعى الشاهدين) بل يكفى الفرعان الاصلين فلو شهد رجلان على شهادة اصل واحد ثم شهد هذان الشاهدان على شهادة اصل آخر فى حادثة واحدة تقبل عندنا لقول على رضى الله عنه لا تجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ذكره مطلقا من غير تقييد بالتغاير ولم يروغيره خلافه فحل محل الاجماع خلافا للشافعى بل لا بد عنده ان يكون شهود الفرع اربعة لان كل فرعين قاما مقام اصل احد فصارا كالمرأتين * وذكر فى الكنز ان شهد رجلان على شهادة شاهدين اه وظاهره ان يكون ذلك شرطا فلا تقبل شهادة النساء على الشهادة كما قاله المقدسى فى الحاوى * وليس كذلك بل هو سهو وما وقع فى الكنز اتفاقى لانه يجوز ان يشهد عليها رجل وامرأتان لتمام النصاب وكذا لا يشترط ان يكون المشهود على شهادته رجلا لان المرأة ايضا ان تشهد على شهادتها رجلين او رجلا وامرأتين ويشترط ان يشهد على شهادة كل امرأة نصاب الشهادة كما فى التبيين وغيره (صفتها) اى الشهادة على الشهادة (ان يقول) لشاهد (الاصل) اى اصل كل من الفريقين عند التحميل مخاطبا للفرع (اشهد) عند الحاجة * امر من الثلاثى فلو اشهد رجلا وهناك رجل يسمعه لم يجز له ان

ه قال فى الاختيار ومايوجب التعزير عن ابى حنيفة انه لا تقبل كسائر العقوبات وعن ابى يوسف انه لا تقبل لان التعزير لا يسقط بالشبهة وقال القهستانى وفيه اشعار بانها تقبل فى التعزير * وهذا رواية عن ابى يوسف * وعن ابى حنيفة انها لم تقبل كما فى الاختيار لعل الشارح اخذ من القهستانى وترك ما هو وما اخذ من الخانية مثل هذا * والمراد منه يقبل قضاء القاضى الخ م

يشهد (على شهادتى) بلو لم يذكره لم يجز خلافا لابى يوسف فانه معلوم كما فى المحيط (انى اشهد بكذا) اى بان فلان بن فلان اقر عندى له بالف درهم* والجملة بدل من المجرور وقيد بقوله على شهادتى لانه لو قال اشهد على بذلك لم تجز له الشهادة* وقيد بعلى لانه لو قال بشهادتى لم تجز له كما فى التبيين * قيد بالشهادة على الشهادة لان الشهادة بقضاء القاضى صحيحة وان لم يشهدهما القاضى عليه* وذكر فى الخلاصة اختلافا بين الامام وابى يوسف فيما اذا سمعاه فى غير مجلس لقضاء واشار بعدم اشتراط قبوله الى ان سكوت الفرع عند تحمله يكفى لكن لو قال لا اقبل ينبغى ان لا يصير شاهدا كما فى القنية* ولا ينبغى ان يشهد الشاهد على شهادة من ليس بعدل عنده (ويقول) الشاهد (الفرع عند الاداء اشهد) على صيغة المتكلم (ان فلانا اشهدنى) ماض من الافعال (على شهادته بكذا وقال لى اشهد) امر من الثلاثى (على شهادتى به) اى بكذا لانه لابد من شهادة الفرع وذكر الفرع شهادة الاصل وذكر التحميل* ولها لفظ اطول من هذا بان يقول الاصل اشهد بكذا او انا اشهدك على شهادتى فاشهد على شهادتى ويقول الفرع عند القاضى وقت الاداء اشهد ان فلانا يشهد ان لفلان على فلان كذا واشهدنى على شهادته وامرنى بان اشهد على شهادته انا اشهد على شهادته* واقصر منه بان يقول الاصل اشهد على شهادتى بكذا ويقول الفرع اشهد على شهادة فلان بكذا ذكره محمد فى السير الكبير وهو مختار الفقيه ابى جعفر وابى الليث والامام السرخسى وهو اسهل وايسر* لكن المص اختار الاوسط لما قالوا خير الامور اوساطها (ويصح تعديل الفرع اصله) وهذا ظاهر الرواية و هو الصحيح كما فى البحر لان الفرع ناقل عبارة الاصل الى مجلس القاضى فبالنقل ينتهى حكم النيابة فيصير اجنبيا فيصح تعديله* والمراد ان الفروع معروفون بالعدالة عند القاضى فعدلوا الاصول وان لم يعرفهم بها فلابد من تعديلهم وتعديل اصولهم كما فى المنح وفيه ايماء الى انه يجب ان يكون الاصل عدلا* فلو خرس او فسق اوعمى او ارتد لم تقبل شهادة فرعه كما فى الخزانة* والى انه لو غاب كذا سنة ولم يعلم بقاؤه على عدالته قبلت شهادة فرعه ان كان الاصل رجلا مشهورا كما فى الذخيرة (و) يصح تعديل (احد الشاهدين) الفرعين الذى هو عدل عند القاضى الفرع (الاخر) الذى لم تعلم عدالته لانه من اهل التزكية* وقيل لا تقبل لانه انما يعدل ليصير مقبول الشهادة وهى منفعة لنفسه فيتهم* ولا يخفى انه مغن عن السابق وشامل لتعديل الاصل فرعه اذا حضر وقد صح ذلك كما فى القهستانى (فان سكت) اى الفرع (عنه) اى عن تعديل الاصل (جاز ونظر) اى نظر القاضى (فى حال) اى حال الاصل كما لو حضر الاصل بنفسه ويسأل عن عدالة الاصل غير الفرع لكون الاصل مستورا وان ثبتت عدالته تقبل شهادة فرعه (عند ابى يوسف) وهو المختار لان الواجب على الفرع هو النقل لا التعديل اذ يخفى عليه عدالته (وقال محمد ترد شهادته) لانه لا شهادة الا بالعدالة واذا لم يعرف الفرع عدالة الاصل لا يجوز نقله فترد شهادة الفرع على شهادته (وتبطل شهادة الفرع) قبل الحكم (بانكار الاصل الشهادة) اى الاشهاد بان قالوا لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا او غابوا

ثم شهد الفروع لم تقبل لان التحمل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وتقرر الاصل على شهادته شرط لصحتها بخلاف مالو اشهده على شهادته ثم نهاه عنها لم يصح نهيه كما فى التنوير قيد بالانكار لانه لو سئل فسكت لم يبطل الاشهاد* وقيدنا بقبل الحكم لانه لو انكر بعد الحكم لم تبطل لما قال يعقوب باشا فى حاشيته ومراد المص من بطلان شهادة الفروع عدم قبولها او اما الحكم الواقع قبل الانكار فلا يبطل (وان شهدا على شهادة اثنين على فلانة بنت فلان الفلانية انها اقرت لفلان بكذا (وقالا) اى الفرعان (اخبرانا) اى الاصلان (انهما يعرفانها) اى الفلانية (وجاء المدعى بامرأة) منكرة (لم يدريا) الفرعان (انها) اى هذه الامرأة (هى) اى الفلانية (ام لا قيل له) اى قال القاضى للمدعى قد ثبت لك الحق على فلانة بنت فلان الفلانية* وهذا لانهما نقلا كلام الاصول كما تحملا وقولهما لا ندرى اهى هذه ام لا لا يوجب جرحا فى الشهادة لانهما لم يعرفاها فقد عرفها الاصول الا انها غير تامة لكونها عامة اذ عددهم لا يحصى ولذا قال له (هات شاهدين انها هى) لان التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما و المدعى يدعى ان تلك النسبة للحاضرة وهى منكرة فلا بد من اثبات انها لها (وكذا فى نقل الشهادة) وهو كتاب القاضى الى القاضى لانه فى معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضى لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل* وانما صورها فى المرأة مع ان الحكم كذلك فى الرجل لغلبة عدم المعرفة فى المرأة (فان قالا) اى الشاهدان (فيهما) اى فى الشهادة والنقل فلانة بنت فلان (التميمية لا يجوز) قولهما لان مثل هذه النسبة غير تامة فى التعريف لكونها عامة مع كونها فى امرأة (حتى ينسباها الى فخذها) وهى القبيلة الخاصة يعنى عند عدم ذكر الجد* وهذا لان التعريف لا بد منه فى هذا ولا يحصل بالنسبة العامة كالنسبة الى بنى تميم فقط لانهم قبائل كثيرون لا يحصى عددهم ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة (والتعريف يتم بذكر الجد او الفخذ او نسبة خاصة) ثم بينهما بقوله (والنسبة الى المصر او المحلة الكبيرة عامة والى السكة الصغيرة خاصة) وفى البحر والحاصل ان التعريف بالاشارة الى الحاضر و فى الغائب لا بد من ذكر الاسم والنسب والنسبة الى الاب لا تكفى عند الامام ومحمد ولا بد من ذكر الجد خلافا للثانى فان لم ينسب الى الجد ونسبه الى الاب الاعلى كتميمى او بخارى او الى الحرفة لا الى القبيلة والجد لا تكفى عند الامام* وعندهما ان معروفا بالصناعة تكفى وان نسبها الى زوجها تكفى والمقى الاعلام وتمامه فيه فليطلع

﴿ باب الرجوع عن الشهادة ﴾

وجه المناسبة لما قبله وتأخيره عنه ظاهر لان الرجوع عن الشهادة يقتضى سبق وجودها* وهو امر مشروع مرغوب فيه ديانة لان فيه خلاصا عن عقاب الكبيرة* وترجم بالباب تبعا للكنز مخالفا للهداية اذ ليس له ابواب متعددة* وهو وان كان رفعا للشهادة لكنه داخل تحتها كدخول النواقض فى الطهارة* قيل ركنه قول الشاهد رجعت عما شهدت به او شهدت بزور فيما شهدت به او كذبت فى شهادتى فلو انكرها لم يكن رجوعا وشرطه ان يكون عند القاضى ومن هذا قال (لا يصح الرجوع عنها) اى عن الشهادة (الا عند قاض) سواء كان هو القاضى

الاول اوغيره لان الشهادة تختص بمجلسه فيختص الرجوع بما تختص به الشهادة وهو مجلس القاضي (فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما) اي رجوع الشاهدين (عند غيره) اي عند غير القاضي (لا يحلفان) اي الشاهدان اذا اراد المشهود عليه التحليف (ولا يقبل برهانه) اي برهان المشهود عليه (عليه) اي على رجوعهما لانه ادعى رجوعا باطلا (بخلاف ما لو ادعى المشهود عليه (وقوعه) اي وقوع الرجوع (عند قاض آخر) غير الذي كان قضى بالحق (و تضمينه) عطف على قوله وقوعه اي تضمين القاضي المال (اياهما) اي الشاهدين واقام بينة تقبل بينته ويحلفان ان انكر الان السبب صحيح كما لو اقر عند القاضي انه رجع عند غير القاضي فانه صحيح وان اقر برجوع باطل لانه يجعل انشاء للحال كما في المنح * وفي المحيط ولو ادعى رجوعهما عند القاضي ولم يدع القضاء بالرجوع والضمان لا تسمع منه البينة ولا يحلف عليه لان الرجوع لا يصح ولا يصير موجبا للضمان الا باتصال القضاء به (فان رجعا) اي الشاهدان عن الشهادة (قبل الحكم لا يحكم) القاضي بشهادتهما اذ لا قضاء بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لعدم الاتلاف لكن يعزر الشاهد واطلاقه شامل لما لو رجعا عن بعضها كما لو شهدا بدار وبناءها او باتان وولدها ثم رجعا في البناء والولد لم يحكم بالاصل لان الشاهد فسق نفسه وشهادة الفاسق ترد كما في جامع الفصولين (وان) رجعا (بعده) اي بعد الحكم (لا ينقض) القاضي حكمه لان الكلام الاول قد تأكد بالقضاء فلا يناقضه الثاني * واطلاقه شامل لما اذا كان الشاهد وقت الرجوع مثل ما شهد في العدالة او دونه او افضل منه كما في اكثر المعتبرات * لكن في خزانة المفتين معزيا الى المحيط ان كان الرجوع بعد القضاء ينظر الى حال الراجع فان كان حاله عند الرجوع افضل من حاله وقت الشهادة في العدالة صح رجوعه في حق نفسه وفي حق غيره حتى وجب عليه التعزير وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه وان كان حاله عند الرجوع مثل حاله عند الشهادة في العدالة او دونه وجب عليه التعزير ولا ينقض القضاء ولا يرد المشهود به على المشهود عليه ولا يجب الضمان على الشاهد اه * قال صاحب البحر وهو غير صحيح عند اهل المذهب لمخالفته ما نقلوه من وجوب الضمان على الشاهد اذا رجع بعد الحكم * وفي هذا التفصيل عدم تضمينه مطلقا مع انه في نقله مناقض لانه قال اول الباب بالضمان موافقا للمذهب اه لكن في الخلاصة مثل ما في الخزانة لكنه قال وهذا قول الامام الاول وهو قول استاذه حماد ثم رجع عن هذا القول وقال لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال حتى لا ينقض القضاء ولا يرد به على المشهود عليه وهو قولهما اه * فعلى هذا ما قاله صاحب البحر من انه غير صحيح عند اهل المذهب ليس بسديد بل الصواب ان يقول هو مرجوع عنه تأمل (وضمنا) اي الشاهدان الراجعان للمشهود عليه (ما اتلفاه) اي بالشهادة لاقرارهما على نفسهما بالضمان * وقال الشافعي لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالملجأ الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعى لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب وانما يضمنان (اذا قبض المدعى مدعاه دينا كان او عينا) لان

الاتلاف بالقبض يتحقق ولانه لامماثلة بين اخذ العين والزام الدين * وقد تبع المص الكنز و الهداية فى تقييده وهو مختار السرخسى وصاحب الجمع وخالف اصحاب الفتاوى فى اطلاقهم * وقد صرح فى الخلاصة والبزازية وغيرهما بالضمان بعد القضاء قبض المدعى المال اولا * قالوا وعليه الفتوى * وفى الخلاصة انه قول الامام الآخر وهو قولهما اه وظاهره ان اشتراط القبض مرجوع عنه كما فى البحر وفرق شيخ الاسلام بين العين والدين فقال ان كان المشهود به عينا فللمشهود عليه ان يضمن الشاهد بعد الرجوع وان لم يقبضها المدعى وان كان دينا فليس له ذلك حتى يقبضه * وفى البحر تفصيل عدم انحصار تضمين الشاهد فى رجوعه فليراجع (فان رجع احدهما) اى احد الشاهدين عن شهادته فى دعوى حق بعد القضاء (ضمن) الراجع (نصفا) اذ بشهادة كل منهما يقوم نصف الحجة فببقاء احدهما على الشهادة تبقى الحجة فى النصف فيجب على الراجع ضمان مالم تبق الحجة فيه وهو النصف * ومن هذا قال (والعبرة) فى باب الضمان (لمن بقى) من المشهود وعند الائمة الثلاثة العبرة لمن رجع الا فى رواية عنهم (لا لمن رجع) هذا هو الاصل فان بقى اثنان يبقى كل الحق وان بقى واحد يبقى النصف كما مر آنفا * ولذا فرع عليه المسائل فقال (فان شهد ثلثة) رجال بحق (ورجع واحد) عن شهادته (لايضمن) الراجع شيئا لبقاء نصاب الشهادة (فان رجع آخر) بعد رجوع واحد من الثلاثة * فعلى هذا ان الفاء فى قوله فان رجع تعقيبية (ضمنا) اى الراجعان (نصفا) من المقبوض لبقاء نصف نصاب الشهادة وهو واحد من ثلثة فيبقى نصف الحق * فان قيل ينبغى ان يضمن الراجع الثانى فقط لان التلف اضيف اليه * اجيب بان التلف مضاف الى المجموع الا انه عند رجوع الاول لم يظهر اثره للمانع وهو بقاء الشاهدين فلما زال ذلك المانع برجوع آخر ظهر اثره (وان شهد رجل وامرأتان فرجعت واحدة) منهما (ضمنت) الراجعة (ربعا) بالاجماع لبقاء ثلاثة ارباع الحق ببقاء رجل وامرأة (فان رجعتا) اى المرأتان (ضمنتا نصفا) لبقاء نصف الحق ببقاء الرجل (وان شهد رجل وعشر نسوة فرجع ثمان) منهن (لايضمن) على صيغة الجمع المؤنث الغائبة (شيئا) لبقاء النصاب وهو رجل وامرأتان من العشر (فان رجعت) امرأة (اخرى) بعد رجوع الثمان من العشر (ضمن) النسوة (التسع ربعا) لبقاء ثلاثة ارباع الحق ببقاء رجل وامرأة كما مر (وان رجع) النسوة (العشر) دون الرجل (ضمن) صيغة جمع مؤنث غائبة (نصفا) بالاجماع لبقاء نصف الحق ببقاء الرجل * قيل ينبغى ان يقول وان رجعت فى المحلين * وكذا فى قوله و ضمن التسع ينبغى ان يقول وضمنت * نقول يجوز فى مثله لان الله قال فى قصة يوسف عليه السلام وقال نسوة ووجهه بين فى التفاسير * فليطالع (وان رجع الكل) اى الرجل والنساء (فعلى الرجل سدس) اى سدس الحق (وعليهن) اى على النساء (خمسة اسداس) عند الامام لان كل امرأتين قامت مقام رجل واحد فعشر نسوة كخمسة من الرجال كما لو شهد به ستة رجال ثم رجعوا فان الضمان عليهم يكون اسداسا فعلى الرجل غرم السدس هو حصة اثنين من العشر وعليهن غرم خمسة اسداس (وعندهما عليه) اى الرجل (نصف وعليهن)

اى على النساء (نصف) لان العشر من النساء يقمن مقام رجل واحد فيكن نصف النصاب كما ان الرجل الواحد يكون نصف النصاب * ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل فيكون الغرم على المناصفة * وفى التبيين نقلا عن المحيط ولو رجع الرجل وثمان نسوة منهن فعلى الرجل نصف الحق ولا شئ على النسوة لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد وقد بقى من النساء من ثبت بشهادتهن نصف الحق فيجعل الراجعات كأنهن لم يشهدن ثم قال هذا سهو بل يجب ان يكون النصف اخماسا عنده وعندهما انصافا * وذكر الاسبيجابى لو رجع واحد وامرأة كان النصف بينهما اثلاثا ولو كان كما قال لما وجب على المرأة شئ اه * لكن ذكر الاسبيجابى عقيب هذه المسئلة اختلافا لانه قال لو شهد رجل وثلث نسوة فقضى به ثم رجع رجل وامرأة ضمن الرجل نصف المال ولم تضمن المرأة شيئا فى قولهما وفى قياس قول الامام نصف المال اثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة اه * فعلى هذا ظهر ان صاحب المحيط اختار قولهما فلا سهو تدبر (وان شهد رجلان وامرأة ورجعوا فالغرم على الرجلين خاصة) لان الواحدة ليست بشاهدة بل هى بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم (ولا يضمن راجع شهد بنكاح بمهر مسمى عليها) اى على المرأة (او عليه) اى على الزوج الاصل ان المشهود به ان لم يكن مالا بان كان قصاصا او نكاحا او نحوهما لم يضمن الشهود عندنا خلافا للشافعى وان كان مالا فان كان الاتلاف بعوض يعادله فلا ضمان على الشاهد لان الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان بعوض لا يعادله فبقدر العوض لا ضمان بل فيما وراءه وان كان الاتلاف بلا عوض اصلا وجب ضمان الكل * اذا تقرر هذا فنقول اذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهى جاحدة واقام على ذلك بينة فقضى بالنكاح ثم رجعا من شهادتهما لم يضمنا لها شيئا سواء كان المسمى مقدار مهر مثلها او اقل او اكثر لانهما وان اتلفا البضع عليها بعوض لا يعدله لكن البضع لا يتقوم على المتلف وانما يتقوم على المتملك ضرورة التملك فان ضمان الاتلاف يقدر بالمثل ولا مماثلة بين البضع والمال واما عند دخوله فى ملك الزوج فقد صار متقوما اظهارا لخطره كما فى الدرر (الا ما زاد على مهر المثل) يعنى ان كان مهر مثلها مثل المسمى او اكثر لم يضمنا شيئا لانهما اوجبا المهر عليه بعوض يعدله او يزيد عليه وهو البضع لانه عند الدخول فى ملك الزوج متقوم * وقد بينا ان الاتلاف بعوض يعدله لا يوجب الضمان وان كان مهر مثلها اقل من المسمى ضمنا الزيادة للزوج لانهما اتلفا قدر الزيادة بلا عوض * وكذا لو شهدا عليها بقبض المهر او بعضه ثم رجعا بعد القضاء ضمنا لها (ولا) يضمن (من شهد بطلاق بعد الدخول) لان المهر تأكد بالدخول فلا اتلاف (ويضمن فى الطلاق قبل الدخول نصف المهر) ان كان مسمى او المتعة ان لم يكن مسمى لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الا ترى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر ولان الفرقة قبل الدخول فى معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة وكان واجبا بشهادتهما كما فى الهداية * والتعليل الاول للمتقدمين والثانى للمتأخرين * وفى البحر تفصيل فليراجع * فى التنوير ولو شهدا انه طلقها ثلاثا وآخران انه طلقها واحدة قبل الدخول ثم رجعوا

فضمان نصف المهر على شهود الثلث لاغير* ولو كان ذلك بعد وطئ او خلوة فلاضمان على احد (وفى البيع) يضمن (مانقص من قيمة المبيع) وفى المنح فلو شهدا على البائع به بمثل القيمة او اكثر فلاضمان لانه اتلاف بعوض وان شهدا به باقل من قيمته ضمنا النقصان لانه بغير عوض* ولو شهدا على المشترى فلاضمان لو شهدا بشرائه بمثل القيمة او اقل وان كان باكثر ضمنا مازاد عليها كذا صرحوا فعلى هذا لوقال ولافى البيع الا مانقص من قيمة المبيع ان ادعى المشترى ولافى البيع الامازاد على القيمة من الثمن ان ادعى البائع كما فى الغرر لكان اظهر واولى تدبر* وفى التنوير ولو شهدا على البائع بالبيع بالفين الى سنة قيمته الف فان شاء ضمن الشهود قيمته حالا وان شاء اخذ المشترى الى سنة وايا ما اختار برئ الآخر (وفى العتق) يضمن (القيمة) يعنى اذا شهدا على عتق عبد ثم رجعا ضمنا قيمة العبد مطلقا اى سواء كانا موسرين او معسرين لاتلافهما مالية العبد عليه من غير عوض ولايتحول الولاء اليهما بالضمان لان العتق لايحتمل الفسخ فلايتحول بالضرورة اذ الولاء لمن اعتق اطلق فانصرف الى العتق بلامال فلو شهدا انه اعتق عبد على خمسمائة وقيمة الف فقضى ثم رجعا ان شاء ضمن الشاهدين الالف ورجعا على العبد بخمسمائة وولاء العبد للمولى كما فى البحر* وفى التنوير وفى التدبير ضمنا مانقصه وفى الكتابة يضمنان قيمة ولايعتق حتى يؤدى ماعليه اليهما ومافى الفتح من ان الولاء للذين شهدوا عليه بالكتابة سهو والصواب للذى بدل لذين كما فى البحر * وفى الاستيلاد يضمان نقصان قيمة الامة فان المولى عتقت وضمن الشاهدان قيمتها للورثة (وفى القصاص) يضمن (الدية فقط) يعنى اذا شهدا ان زيدا قتل بكرا فاقتص زيد ثم رجعا تجب الدية عندنا لاالقصاص لان القتل وجد باختيار الولى لانه ليس بمضطر فيه لاقتداره على العفو ايضا ولم يكونا سببا بالقتل فلرائحة السببية وقعت الشبهة وهى مانعة عن القود لامن الدية لان المال يثبت مع الشبهة بخلاف المكره لانه مباشر فيه فيكون سببا يضاف اليه القتل فيقتص* وعند الشافعى يقتصان لوجود القتل تسببيا كالمكره (ويضمن الفرع ان رجع) اى يضمن شهود الفرع بالرجوع من شهادتهم لان الشهادة فى مجلس القضاء صدرت منهم وكان التلف مضافا اليهم (لاالاصل ان قال) الاصل (ماشهدته) اى الفرع (على شهادتى) اى لايضمن شهود الاصل بعد الحكم بقولهم لم نشهد الفروع على شهادتنا بالاجماع لان الحكم لم يضف اليهم بل الى الفرع ولايبطل القضاء بعد الحكم للتعارض بين الخبرين فصار كرجوع الشاهد (ولوقال) الاصل (اشهدته) اى الفرع (وغلطت ضمن عند محمد) لان الفرع نقلوا شهادة الاصل فكأن الاصل حضر وشهد عند مجلس القاضى ثم رجع (لا) يضمن (عندهما) لان الحكم لم يقع بشهادة الاصل بل بشهادة الفرع وقوله غلطت اتفاقى اذ لو قال رجعت عنها فلا ضمان ايضا عندهما (وان رجع الاصل والفرع) جميعا بعد الحكم (ضمن الفرع فقط) عند الشيخين لان الاتلاف يحصل بعد القضاء والقضاء بشهادة الفرع فيضاف التلف اليه بعد رجوعه والضمان على المتلف (وعند محمد يضمن المشهود عليه اى الفريقين)

(من)

من الاصل والفرع (شاء) اى ان المشهود عليه مخير بين تضمين الفرع والاصل عنده لان القضاء وقع بشهادة الفرع من وجه وبشهادة الاصل من وجه فيخير بينهما والجهتان متغايرتان و لا يجمع بينهم فى التضمين (وقول الفرع كذب) فعل ماض (اصلى او غلط ليس بشئ) يعنى بعد الحكم بشهادتهم لان ما امضى من القضاء لا ينقض بقولهم ولا يجب عليهم لانهم مارجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع (وان رجع المزكى عن التزكية ضمن) اى ضمن المزكى بالرجوع عن تزكية الشاهد بعد ان زكاه عند الامام لان قبول الشهادة عند القاضى بالتزكية يكون علة لعلة معنى فيضاف الحكم الى علة العلة (خلافا لهما) فان عندهما لا ضمان على المزكين لانهم اثنوا على الشهود فصاروا كشهود الاحصان * والخلاف فيما اذا قالوا تعمدنا او علمنا ان الشهود عبيد ومع ذلك زكيناهم اما اذا قال المزكى اخطأت فيها فلا ضمان اجماعا كما فى البحر وغيره * فعلى هذا لو قيد مع علمه بكونهم عبيدا لكان اولى * وقيل الخلاف فيما اذا اخبر المزكون بالحرية بان قالوا انهم احرار اما اذا قالوا هم عدول فبانوا عبيدا لا يضمنون اجماعا لان العبد قد يكون عدلا (ولا يضمن شاهد الاحصان برجوعه) لانه شرط محض فلا يضاف الحكم اليه (ولو رجع شاهد اليمين وشاهد ٦ الشرط ضمن شاهد اليمين خاصة) يعنى اذا شهدا انه علق عتق عبده بشرط وشهد آخران الشرط الذى علق به العتق وجد فحكم الحاكم به ثم رجع جميعهم يضمن شهود اليمين قيمة العبد لانهم اثبتوا العلة وهو قوله انت حر ولا يضمن شهود الشرط لان الشرط كان مانعا وهم اثبتوا زوال المانع والحكم يضاف الى العلة لا الى زوال المانع (ولو رجع شاهد الشرط وحده اختلف المشايخ) قال بعضهم يضمن شاهد الشرط والصحيح ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه فى الزيادات واليه مال شمس الائمة السرخسى والى الاول مال فخر الاسلام على البزدوى كما فى التبيين وغيره (ومن علم انه شهد زورا) بان اقر على نفسه انه شهد زورا او شهد بقتل رجل او موته فجاء حيا او شهد برؤية الهلال فمضى ثلاثون يوما وليست بالسماء علة ولم ير الهلال (يشهر) فقط (ولا يعزر) عند الامام وعليه الفتوى كما فى السراجية (وعندهما يوجع ضربا ويحبس) وفى الكافى اعلم ان شاهد الزور يعزر اجماعا اتصل القضاء بشهادته او لا لانه ارتكب كبيرة اتصل ضررها بمسلم * الا انهم اختلفوا فى كيفية تعزيره فقال الامام تعزيره تشهيره فقط * وقالا يضرب ويحبس وهو قول الشافعى لان عمر ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه * وله ان شريحا القاضى فى زمن عمر وعلى كان يشهر بان يبعثه الى سوقه او الى قومه لافشاء قباحته وهذا التشهير لا يخفى على الصحابة ولم ينكر عليه احد منهم فحل محل الاجماع و كان هذا من الامام احتجاجا باجماع الصحابة لا تقليدا لشريح لانه لا يرى تقليد التابعى * وحديث عمر محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم

٦ اعلم ان الشرط عند الاصوليين ما يتوقف عليه الوجود وليس بمؤثر فى الحكم مفضى اليه * والعلة المؤثر فى الحكم والسبب هو المفضى الى الحكم بلا تأثير * والعلامة ما دل على الحكم وليس الوجود متوقفا عليه * وبهذا ظهر ان الاحصان شرط كما ذكره الاكثر منه

كتاب الوكالة

مناسبتها للشهادة من حيث ان الانسان يحتاج فى معاشه الى التعاضد والشهادة منه فكذا الوكالة * وهى لغة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه الامر فيكون الوكيل بمعنى

المفعول لانه موكول اليه الامر * وقيل هي الحفظ ومنه الوكيل في اسماء الله فيكون بمعنى فاعل والتوكيل صحيح ٧ بالكتاب والسنة والاجماع * وشرعا (هي) اى الوكالة (اقامة الغير مقام نفسه في التصرف) والمراد بالتصرف ان يكون معلوما لانه اذا لم يكن معلوما ثبت ادنى التصرفات وهو الحفظ فيما اذا قال وكلتك بمالى * فلو قال في تصرف جائز معلوم لكان اولى لان التصرف مطلقا يشمل الجائز والمعلوم وغيرهما كما في المنح * لكن يمكن ان يجاب عنه بان اللام للعهد فلا حاجة الى زيادة تدبر (وشرطها) اى الوكالة (كون الموكل) اسم فاعل ممن (يملك التصرف) لان الوكيل يستفيد ولاية التصرف من الموكل فلا بد للمفيد من ان يملكه ويقدره * قيل هذا على قولهما واما على قوله فالشرط ان يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فكون الموكل مالكا لذلك التصرف الذي وكل به الوكيل ليس بشرط اذ يجوز توكيل المسلم ذميا ببيع الخمر والخنزير عنده مع ان المسلم لا يملك هذا التصرف بنفسه اه * لكن الشرط ان يكون الموكل مالكا للتصرف نظرا الى اصل التصرف وقادرا عليه وان امتنع في بعض الاشياء بعارض النهي فلا يلزم ما قيل تدبر (و) شرطها ايضا كون (الوكيل) ممن (يعقل العقد) ويعرف ان البيع سالب للمبيع وجالب للثمن والشراء على عكسه ويعرف الغبن الفاحش واليسير كما في اكثر المعتبرات * وقال يعقوب باشا وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل الصبي العاقل صحيح وفرق الغبن اليسير من الفاحش مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه فلا وجه لاشتراطه في صحة التوكيل اه * لكن المراد من الصبي العاقل هو المميز مطلقا فلا يرد تدبر (ويقصده) اى يقصد الوكيل ثبوت حكم العقد وحصول الربح حتى لو تصرف في البيع بطريق الهزل فلا يقع من الموكل كما في اكثر الكتب * لكن ليس فيما نحن فيه لان الكلام في صحة الوكالة لا في صحة بيع الوكيل وعدمه وعدم وقوعه عن الموكل ولذا تركه في الكنز الا ان يقال ان قوله يقصده تأكيد لقوله يعقل والعطف عطف تفسير لانه بالقصد يعلم كمال العقل تدبر وفيه رمز الى ان المعتوه يصلح ان يكون وكيلا لانه يعقله ويقصده وان لم يرجح المصلحة على المفسدة والى ان علم الوكيل بالوكالة لم يشترط خلافا للمحمد * فلو وكل ببيع عبده وطلاق امرأته ففعل الوكيل قبل العلم جاز خلافا له كما في القهستاني نقلا عن المحيط * ثم فرعه بقوله (فيصح توكيل الحر البالغ) ينبغي ان يقيده بالعاقل ليحترز عن المجنون لما في التنوير فلا يصح توكيل مجنون وصبي لا يعقل مطلقا وصبي يعقل بنحو طلاق وعتاق وهبة وصدقة من التصرفات الضارة وصح توكيله بما ينفعه بلا اذن وليه كقبول الهبة وبما تردد بين ضرر ونفع كبيع واجارة ان مأذونا والا توقف على اجازة وليه (او المأذون) والمراد بالمأذون الصبي العاقل الذي اذن له الولي والعبد الذي اذن له المولى اى يصح توكيل كل منهما (حرا) مفعول توكيل (بالغا او مأذونا) لان الموكل مالك للتصرف والوكيل اهل له (او) توكيلهما (صبيا عاقلا او عبدا محجورين) قيد للصبي والعبد لان الصبي اهل للعبارة حتى ينفذ تصرفه باذن الولي فكذا العبد حتى يصح طلاقه واقراره في الحدود والقصاص * ولكن لا يرجع حقوق العقد اليهما بل الى موكلهما اذ لا يصح منهما التزام العهدة

٧ اما ثبوته بالكتاب فهو قوله تعالى حكاية عن اصحاب الكهف فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة وكان البعث منهم بطريق الوكالة * واما السنة فهي ما روي ان النبي وكل حكيم بن حرام بشراء اضحية وانعقد الاجماع عليه منه

فالصبي لقصور الاهلية والعبد لحق المولى بخلاف المأذونين بحيث تلزمهما العهدة استحسانا وفي السمني وعن ابي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي اومجنون له خيار الفسخ ولو كان الصبي الوكيل بالشراء او العبد مأذونا له في التجارة لزمهما الثمن ورجع به على الموكل استحسانا (بكل ما) موصوفة اولى من الموصولة والظرف للتوكيل اي صح التوكيل لكل عقد (يعقده هو) اي الموكل (بنفسه) اي مستبدا بنفسه او بولاية نفسه عن الغير كالبيع والهبة والصدقة والوديعة وغيرها لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه فيحتاج الى توكيل غيره فلا بد من جوازه دفعا لحاجته* وفي القهستاني ولا يشكل بتوكيل المسلم او الذمي ذميا او مسلما ببيع الخمر او شرائها وبالتوكيل ببيع المسلم والاستقراض كما ظن فان الكفالة كافية للاولين والثالث مستثنى بقرينة الآتي والرابع مختلف فيه اهـ* ويمكن دفعه بوجه آخر كما بين آنفا (و) صح التوكيل (بايفاء كل حق وباستيفائه) لان الموكل قد لا يهتدي الطريق الايفاء والاستيفاء فيحتاج الى التوكيل بالضرورة* والمراد بالايفاء دفع ما عليه وبالاستيفاء القبض (الا في حد) كقذف وكسرقة (وقود) اي لا يصح التوكيل باستيفائهما (مع غيبة الموكل) عن المجلس كما اذا قال الموكل وجب لي على فلان حدا وقصاص في النفس او الطرف فوكلتك ان تطالبه منه فقبل فان استيفاءهما بدون حضور الموكل باطل لسقوطهما بالشبهة وعند حضوره يجوز اجماعا* وانما قلنا لا يصح التوكيل باستيفائهما لانه صح التوكيل باثباتهما وقال ابو يوسف لا يجوز التوكيل باثباتهما* وقول محمد مضطرب والاظهر انه مع الامام في نفس التوكيل* وكذا الخلاف في التوكيل بالجواب من جانب من له الحد والقصاص* وفي شرح الطحاوي صح التوكيل باستيفاء التعزير وعند الائمة الثلاثة يصح في القود وان غاب الموكل الا في رواية عن احمد وقول من الشافعي (و) يصح التوكيل (بالخصومة في كل حق) لان كل احد لا يهتدي الى وجوه الخصومات فيحتاج الى التوكيل بالضرورة (بشرط رضى الخصم) فلو رضي قبل سماع الحاكم الدعوى ثم رجع جاز رجوعه وان بعده لا* وفي العناية اختلف الفقهاء في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضى الخصم قال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم سواء كان الموكل هو المدعي او المدعى عليه* وقالا يجوز بغير رضى الخصم وهو قول الشافعي لكن في الهداية والظهيرية وغيرهما لا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم وهو الصحيح* ومن هذا قال (للزومها) فعند الامام لا يلزم التوكيل بلا رضى الخصم فترتد الوكالة برد الخصم (الا ان يكون الموكل مريضا لا يمكنه) مع وجود المرض (حضور مجلس الحاكم) وكذا لا يحسن الدعوى (او غائبا مسافة سفر) اي مدة ثلاثة ايام فصاعدا (او مريدا ٨ للسفر) يعني اذا قال انا اريد السفر يلزم منه التوكيل بلا رضى الخصم طالبا كان الموكل او مطلوبا فلا ترتد برد الخصم لانه او لم يلزم يلحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه* لكن لا يصدق بمجرد قوله بل ينظر القاضي في حاله وعدة ايام سفره او يسأل عن رفقائه (او) يكون الموكل امرأة (مخدرة غير معتادة الخروج الى مجلس الحاكم) سواء كانت بكرا او ثيبا وعليه الفتوى

٨ قال بعضهم يحلفه القاضي انه يريد السفر وكره تاج الشريعة منه

كما فى الحقائق* لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فلزم توكيلها ولو اختلفا فى كونها مخدرة ان كانت المرأة من بنات الاشراف فالقول لها بكرا كانت اوثيبا لانه الظاهر من حالها وان كانت من الاوساط فالقول لها لو كانت بكرا وان كانت من الاسافل فلا سواء كانت بكرا اوثيبا لان الظ غير شاهد لها كما فى المنح ومن الاعذار الحيض اذا كان الحكم فى المسجد والحبس اذا كان من غير القاضى الذى ترافعوا اليه كما فى التبيين* وفى المنح وهو مقيد بما اذا كان الطالب لا يرضى بالتأخير* واما اذا رضى به فلا يكون عذرا* واما حيض الطالب فهو عذر مطلقا والنفاس كالحيض اه وفيه كلام فانه يجوز القاضى ان يخرج من المسجد ويسمع الخصومة او يرسل اليها نائبا ليرفع الخصومة كما قررناه فى كتاب القضاء فلا وجه لعده من الاعذار* ويلزم منه ايضا ان يعد الجنابة والكفر من الاعذار مع انهم لم يذكروهما فتأمل (وعندهما) وهو قول الائمة الثلاثة (لا يشترط رضى الخصم) فيلزم بلا رضاه مطلقا لان التوكيل تصرف فى خالص حقه فلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بقضاء الديون* وله ان التوكيل قد يكون اشد خصومة واكدا نكارا فيتضرر به خصمه فلا يجوز بغير رضاه كالحوالة بالدين بخلاف الوكيل بالقبض فانه لا يختلف والمختار للفتوى ان القاضى ان علم من الوكيل قصد الاضرار بخصمه يعمل بقول الامام وان علم من خصم الموكل التعنت فى الاباء من قبول التوكيل يعمل بقول صاحبيه وهو اختيار شمس الائمة السرخسى كما فى الدرر وغيره (و حقوق عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كبيع) فانه يقول بعت هذا الشئ منك ولا يقول بعته منك من قبل فلان وكذا غيره (واجارة) واستئجار (وصلح عن اقرار) دون انكار كما سيأتى (تعلق به) اى بالوكيل دون الموكل بلا فرق بين كون موكله حاضرا اوغائبا لانه اصل فى العقد لانه يقوم بكلامه ونائب عن الموكل فى حق الحكم فراعينا جهة اصالته فى تعلق الحقوق حتى لو شرط عدم حقوق العقد بالوكيل فهو لغو* خلافا للشافعى فانه قال تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف وهو الملك وهو يتعلق بالموكل فكذا توابعه واعتبره بالرسول وبالوكيل بالنكاح (ان لم يكن) الوكيل صبيا او عبدا (محجورا) اشارة الى ان العبد المأذون والصبى المأذون تتعلق بهما الحقوق وتلزمهما العهدة مطلقا وليس كذلك بل فيه تفصيل لما فى شرح المجمع نقلا عن الذخيرة المأذون له ان كان وكيلا بالبيع تلزمه الحقوق سواء باعه حالا او مؤجلا وان كان وكيلا بالشراء فان كان بثمن حال لزمته ايضا لانه يملك ما اشتراه حكما ولهذا يحبسه بالثمن ليستوفيه من الموكل وان كان بثمن مؤجل لا تلزمه الحقوق لانه لم يملك ما اشتراه لا حقيقة ولا حكما ولو لزمته العهدة لكان ملتزما مالا فى ذمته مستوجبا مثله على موكله وهو فى معنى الكفالة فانه لا يصح منه اه ثم اشار الى تفصيل الحقوق فقال (فيسلم) الوكيل (المبيع) الى المشترى فى الوكالة بالبيع (ويتسلمه) اى يقبض المبيع من البائع فى الوكالة بالشراء ويقبض الثمن اى ثمن مبيعه فى البيع (ويطالب) بفتح اللام (به) اى بالثمن فى الوكالة بالشراء فاشترى (ويرجع) على صيغة المبنى للمفعول (به) اى بالثمن (عند الاستحقاق) اى استحقاق ما باع

(ويخاصم) على صيغة المبنى للفاعل (فى عيب مشريه ويرده) الى بائعه (به) اى بالعيب فان ذلك كله من حقوق العقد فيتعلق بالوكيل (ان لم يسلمه الى موكله وبعد تسليمه لا) يرده (الا باذنه) اى باذن الموكل (ويخاصم) على صيغة المبنى للمفعول (فى عيب مبيعه و) يخاصم (فى شفعته) اى فى شفعة ما باع (أن كان) المبيع (فى يده) بخلاف ما اذا سلم المبيع الى المشترى فان الوكيل لا يخاصم فى الشفعة (وكذا شفعة مشريه) يعنى يخاصم الوكيل فى شفعة ما اشترى بالوكالة مادام فى يده (والملك يثبت للموكل ابتداء) اذا اشترى الوكيل لان الموكل يخلف عن الوكيل فى حق الملك كما ان الرق ينهب ويحتطب اذ المولى يخلف عن العبد فى ثبوت الملك اليه ابتداء وهو الصحيح كما فى الهداية * وقيل يثبت الملك للوكيل فينتقل الى الموكل بلا مهلة * ثم فرعه بقوله (فلا يعتق قريب وكيل شراه) ولا يفسد نكاح منكوحة شراها لان الملك يلزم الموكل فعلى القولين لا يملك الوكيل قريبه ومنكوحته لعدم تقرر ملكه لان العتق و فساد النكاح يقتضيان تقرر الملك كما فى اكثر المعتبرات * لكن لم يظهر لهذا التفريع اثر الخلاف لان القريب لا يعتق بالاتفاق فالاولى ان يفرع عليه ما ظهر فيه اثر الخلاف تدبر (وحقوق عقد يضيفه) الوكيل (الا موكله) مراده انه لا يستغنى عن الاضافة الى موكله حتى لو اضافه الى نفسه لا يصح * والمراد من قريبه السابق انه يصح اضافته الى نفسه ويستغنى عن اضافته الى الموكل لانه شرط * ولهذا لو اضاف الوكيل بالشراء الشراء الى موكله صح بالاجماع فلفظ الاضافة واحدة والمراد مختلف كما فى الاصلاح (تتعلق بالموكل كنكاح وخلع) لان الوكيل فيهما سفير اى حاك حكاية غيره فلا يلزم عليه شئ حتى لو اضاف النكاح الى نفسه بان قال تزوجتها يقع للوكيل (وصلح عن انكار) لانه فداء يمين للموكل فلا بد من الاضافة اليه لما فى الاصلاح هذا الصلح لا يصح اضافته الى الوكيل بل لا بد من اضافته الى الموكل بخلاف الصلح عن اقرار فانه يصح اضافته الى كل منهما وقد عرفت اختلاف المراد من الاضافة فى الموضعين فافترق الصلحان فى الاضافة اه * فعلى هذا فقول صدر الشريعة واما الصلح فلا فرق فيه بين ان يكون عن اقرار او انكار فى الاضافة محل نظر كما فى حاشيته ليعقوب باشا والدرر تتبع (او) صلح عن (دم عمد) لانه اسقاط محض والوكيل اجنبى سفير (وكتابة وعتق على مال وهبة وصدقة واعارة وايداع ورهن واقراض) ولم يذكر الاستقراض لما مر انه لا يصح التوكيل به وعليه الفتوى (وشركة ومضاربة) فان الوكيل يضيف هذا العقود الى موكله فى عرف اهل المعاملة فتتعلق حقوق العقود فيها الى الموكل دون الوكيل * ثم فرع على هذا الاصل بقوله (فلا يطالب) بفتح اللام (وكيل الزوج بالمهر) من قبل الزوجة (ولا) يطالب من قبل الزوج (وكيل المرأة بتسليمها) اى تسليم المرأة الى الزوج اذ يلزم سقوط مالكيتها بعقد النكاح والساقط يتلاشى مع انها خلقت محلا للنكاح فلا يخرج عن المالكية لنفسها (ولا) يطالب وكيل الخلع (ببدل الخلع) لما مر انه سفير فيه (وللمشترى منع الثمن عن الموكل) يعنى اذا وكل رجلا ببيع شئ فباعه ثم ان الموكل طلب من المشترى الثمن له منعه

لان الموكل اجنبي عن العقد والوكيل اصل في الحقوق ولذا له ان يوكل الآخر بهذه الحقوق وان لم يكن له حق التوكيل * والمراد من الموكل موكل وكيل بيبع ليس عبدا او صبيا محجورين لما مر * وفي البحر ولو كان الموكل دفع الثمن الى الوكيل فاستهلكه وهو معسر كان للبائع حبس المبيع ولا مطالبة له على الموكل فان لم ينقد الموكل الثمن الى البائع باع القاضي الجارية بالثمن اذا رضيا والا فلا (فان دفعه) اى ان دفع المشترى الثمن (اليه) اى الى الموكل (صح) دفعه ولو مع نهي الوكيل لانه ملكه لا في الصرف الا اذا كان الموكل حاضرا عند عقد الصرف فالعقد ينصرف اليه بحضوره (ولا يطالبه الوكيل ثانيا) لان نفس الثمن المقبوض حق الموكل وقد وصل اليه ولا فائدة في الاخذ منه ثم الدفع اليه * وانما ذكر قوله وللمشترى الى هنا في هذا المحل مع ان المناسب ان يذكر من تفريعات القسم الاول توطئة لما بعده (وان كان للمشترى على الموكل دين وقعت المقاصة به) اى بثمن المبيع الذي باعه الوكيل للموكل بمجرد العقد لوصول الحق اليه بطريق التقاص * وهذا حيلة للوصول الى دين لا يوصل اليه (وكذا) تقع المقاصة به (ان كان له) اى للمشترى (على الوكيل دين) عند الطرفين لكونه يملك الابراء عنه عندهما (خلافا لابي يوسف) لان عنده لا يجوز الابراء ولا تقع المقاصة (و) لكنه (يضمنه الوكيل للموكل) في فصل المقاصة عندهما كما يضمنه في فصل الابراء وان كان دينه اى دين المشترى (عليهما) اى على الموكل والوكيل (فالمقاصة بدين الموكل دون الوكيل) لان المبيع ملك الموكل لا غير

باب الوكالة بالبيع والشراء

افردهما بباب على حدة لكثرة الاحتياج اليهما * وقدم الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والازالة بعد الاثبات (لا يصح التوكيل بشراء شيء يشمل اجناسا كالرقيق والثوب والدابة) للجهالة الفاحشة فان الدابة اسم لما يدب على وجه الارض لغة وعرفا للخيل والبغل والحمار فقد جمع اجناسا * وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا تصح تسميته مهرا * وكذا الرقيق لانه شامل للذكر والانثى المختلفين في بني آدم واذا اشترى الوكيل وقع الشراء له كما في النهاية (او) بشراء شيء يشمل (ما هو كالاجناس كالدار وان) وصلية (بين الثمن) لانه يتعذر الامتثال لامر الموكل لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة * والمراد هنا بالجنس ما يشمل اصنافا وبالنوع الصنف لا ما اصطلح عليه اهل المنطق (فان سمى نوع الثوب كالهروى) مثلا (جاز وكذا ان سمى نوع الدابة كالفرس والبغل) جاز سواء سمى ثمنا او لا بالاجماع (او بين ثمن الدار والمحلة) يعني ان وكل بشراء دار وبين ثمنها ومحلها جاز * واختلفوا في هذا المحل وقد جعل صاحب الكنز الدار كالعبد موافقا لقاضيخان لكن شرط مع بيان الثمن بيان المحلة * وجعلها صاحب الهداية كالثوب فقال وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه اه * وفي الاصلاح والدار ملحقة بالجنس من وجه لانها مختلفة بقلة المرافق وكثرتها

فان بين الثمن الحقت بجهالة النوع وان لم يبين الحقت بجهالة الجنس * والمتأخرون قالوا في ديارنا لايجوز بدون بيان المحلة لانها تختلف باختلافها قال في البحر وفي المعراج ان مافي الهداية مخالف لرواية المبسوط قال والمتأخرون من مشايخنا قالوا في ديارنا لايجوز الابيان المحال اه وبه يحصل التوفيق فيحمل مافي الهداية على ما اذا كانت تختلف في تلك الديار اختلافا فاحشا وكلام غيره على ما اذا كانت لاتفاحش اه * والمص اختار قول المتاخرين في الدار ولهذا عطف بالواو فقال او بين ثمن الدار والمحلة والحاصل ان جهالة الدار جهالة الجنس عند المتأخرين وجهالة النوع عند المتقدمين فليحمل عبارة كل من الكنز والهداية على كل من المذهبين تدبر (او بين جنس الرقيق كالعبد ونوعه كالتركي) يعني اذا وكل بشراء عبد تركي مثلا يصح لان العبد معلوم الجنس من وجه لكن من حيث منفعة الجمال كأنه اجناس مختلفة فان بين نوعه كالتركي يصح التوكيل (او) بين (ثمنا يعين نوعا) اي نوع العبد بالقلة والكثرة يصح لان ذكر الثمن كذكر النوع في تقليل هذه الجهالة وان لم يبين شيئا منهما لم يصح التوكيل ويلحق بجهالة الجنس لامتناع الامتثال لكن الاحسن ترك الصفة وهو قوله يعين نوعا لان النوع صار معلوما بمجرد تقدير الثمن كما في الهداية وفيه اشارة الى انه لو كان معلوم الجنس من وجه كالشاة والبقر يصح وان لم يذكر الثمن والى ان جهالة وصف غير مانعة كما في القهستاني والاطلاق شامل لما اذا كان ذلك الثمن نوعا اولا * وبه اندفع ما في الجوهرة حيث قال وهذا اذا لم يوجد لهذا الثمن من كل نوع اما اذا وجد فلايجوز عند بعض المشايخ كما في المنح (او عم فقال ابتع لي) اي اشتر لي (ما رأيت) وفي الفرائد في عطف قوله او عم صعوبة لانه لا يناسب كونه معطوفا على قوله او بين جنس الرقيق ولا كونه معطوفا على قوله فان سمى نوع الثوب جاز وفصله ثم قال لو بينه بطريق الاستثناء بان يقول الا ان يعمم لكان اسلم واظهر ويدل على ما ذكرناه قول صاحب الهداية ومن وكل رجلا بشراء شيء فلابد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا اه * لكن يمكن ان يكون معطوفا على ما يفهم من السابق وهو قوله فان سمى الى هنا اي ان خصص جاز عند البيان او عم جاز وان لم يبين او ان يكون او بمعنى الا كقولهم لالزمنك او تعطيني حقي اي الا ان تعطيني حقي (ولو وكله بشراء الطعام فهو) يقع (على البر ودقيقه) يعني دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي طعاما يشتري البر ودقيقه والقياس ان يشتري كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم * وجه الاستحسان ان الطعام اذا قرن بالبيع والشراء يحمل على ما ذكر عرفا ولا عرف في الاكل فيبقى على الوضع * وفي العناية هذا في عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام اما في عرف غيرهم فينصرف الى كل مطعوم وبه قالت الائمة الثلاثة * وقال بعض المشايخ الطعام في عرفنا ينصرف الى ما يمكن اكله يعني المعتاد للاكل كاللحم المطبوخ والمشوي اي ما يمكن اكله من غير ادام دون الحنطة

والخبز * وقال الصدر الشهيد وعليه الفتوى كما فى الذخيرة وانما قلنا دفع الى آخر لانه لو امر بلا دفع له لا يصح التوكيل كما فى القهستانى * واطلقه فشمل ما اذا كثرت الدراهم او قلت و قيل (يقع) (على البر فى كثير دراهم و) يقع (على الخبز وقليلها و) يقع (على الدقيق فى وسطها) فيل القليل مثل درهم الى ثلاثة والمتوسط مثل اربعة الى خمسة * وسبعة فالسبعة على هذا لم يكن من الكثير كما فى القهستانى (وفى متخذ الوليمة) اى طعام العرس * والمتخذ بالفتح اسم زمان يقع (على الخبز بكل حال) سواء كثرت الدراهم او توسطت او قلت لان مدار الامر فى الكل العرف (وصح التوكيل بشراء عين) اى شئ معين (بدين له) اى للموكل (على الوكيل) يعنى لو قال رب الدين للمديون اشترلى هذا العبد مثلا بالالف لى عليك فاشتراه يكون ملكا للآمر حتى لو هلك فى يد الوكيل يهلك على مال الآمر لا على الوكيل لان فى تعيين المبيع تعيين البائع وفى تعيين البائع توكيله بقبض دينه من المديون اولا لاجله ثم يقبضه لنفسه فلا يوجد تمليك الدين من غير من عليه الدين * وكذا لو امر شخص مديونه بالتصدق بما عليه صح كما لو امر الآجر المستأجر بمرمة ما استأجره مما عليه من الاجرة (وفى غير العين) اى او قال رب الدين للمديون اشترلى بالالف عليك عبدا غير معين فالتوكيل باطل حتى (ان) اشترى و (هلك فى يد الوكيل فعليه) اى على الوكيل لان الشراء نفذ عليه لا على الموكل (وان قبضه الموكل فهو له) اى للموكل هذا عند الامام (وقالا هو لازم للموكل ايضا) اى كما هو لازم له فى المعين سواء قبضه الموكل اولا (وهلاكه) اى المبيع (عليه) اى على الموكل (اذا قبضه الوكيل) لان الدراهم والدنانير لا تتعينان فى المعاوضات دينا كانت او عينا الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده * وله انها تتعين فى الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكالة بقبض العين منها او الدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين عن المديون بالابراء مثلا تبطل الوكالة لانعدام المحل التصرف الوكيل ولم يلزم عليه اعطاء مثل الدين لان الاستهلاك والاسقاط فى حكم الاخذ والاستيفاء وهذا المعنى فى الاستهلاك ظ ولذا قيد صاحب الهداية بالاستهلاك وما فى تعليل صاحب النهاية «بان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك» مخالف لما فى شروح الجامع الصغير فى هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة وتمامه فى العناية فليطالع * واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكل بقبضه وذلك لا يجوز لانه تمليك الوصف وهو الوجوب فى الذمة والوصف عرض لا يقبل التمليك (وعلى هذا) الخلاف (اذا امره) اى امر الموكل الوكيل (ان يسلم ما عليه او يصرفه) يعنى لو قال اسلم مالى عليك الى فلان فى كذا صح اتفاقا * ولو قال الى من شئت فعلى الخلاف * وكذا اذا امره ان يصرف ما عليه * والحاصل انه عين المسلم اليه ومن يعقد عقد الصرف صح بالاتفاق * وفى العناية وانما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم ان التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض فى المجلس اه * لكن فيه تأمل (ولو

(وكل)

وكل عبدا ليشترى نفسه) اى نفس العبد المأمور (له) اى للموكل (من سيده) بان قال فلان لعبد اشترلى نفسك من سيدك بالف مثلا (فان قال) العبد المأمور لسيده (بعنى نفسى لفلان) بالف (فباع) السيد (فهو) اى العبد (له) اى للموكل لان العبد يصلح لان يشترى نفسه لنفسه ويصلح وكيلا عن غيره فى شراء نفسه لكونه اجنبيا عن نفسه فى حكم المالية فاذا اضاف العقد الى الآمر صح شراؤه للامتثال فيقع للآمر (وان لم يقل) العبد (لفلان عتق) العبد لان المطلق يحتمل الوجهين احدهما هو الامتثال للآمر والآخر هو التصرف لنفسه فلا يقع امتثالا بالشك فبقى التصرف واقعا لنفسه ثم اذا كان الشراء للآمر فلا بد من قبول العبد بعد قول المولى بعت وان وقع للعبد يكتفى بقول المولى بعت بعد قوله بعنى نفسى لان الواحد يتولى طرفى العقد فى العتق لا فى البيع والثمن على العبد فيهما لا على الآمر (وان وكل العبد غيره ليشتريه من سيده فان قال الوكيل للسيد اشتريته) اى ذلك العبد (لنفسه فباع) السيد على هذا الحكم (عتق) العبد (على السيد وولاؤه) اى ولاء العبد (له) اى للسيد لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه اذ لا ترجع اليه الحقوق فصار كأنه اشترى بنفسه والولاء للمولى (وان لم يقل لنفسه) عند اشترائه (فهو) اى العبد (للوكيل) لكون قوله مطلقا فيقع التصرف لنفسه (وعليه) اى على المشترى (ثمنه) اى ثمن العبد لكونه عاقدا (وما اعطاه العبد) للوكيل (لاجل الثمن للمولى) لانه كسب عبده (واذا قال الوكيل لمن وكله بشراء عبد اشتريت لك عبدا فمات) اى العبد عندى (وقال الموكل) لا بل (اشتريته لنفسك فالقول للموكل ان لم يكن) اى ان لم يوجد (دفع الثمن) الى الوكيل لانه يدعى الثمن على الموكل وهو ينكره فالقول للمنكر (والا) اى وان وجد دفع الثمن فللوكيل اى فالقول للوكيل لانه امين فالقول للامين مع اليمين* وقد اجمل المص فى هذه المسئلة فلا بد من التفصيل لانه قال صاحب المنح وغيره ان العبد ان كان معينا وهو حى فالقول للمأمور انه اشتراه لموكله لا لنفسه اجماعا سواء كان الثمن منقودا اولا لانه اخبر عن امر يملك استئنافه والخبر به فى التحقق والثبوت يستغنى عن الاشهاد فيصدق وان كان ميتا والحال ان الثمن منقود فكذلك الحكم لان الثمن كان امانة فى يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذى امر به فكان القول له وان لم يكن الثمن منقودا فالقول للموكل لانه اخبر عما لا يملك استئنافه لان الميت ليس محلا لانشاء العقد به وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر فالقول له وان كان غير معين وهو حى فقال المأمور اشتريته لك وقال الآمر بل اشتريته لنفسك فالقول للمأمور ان كان الثمن منقودا لانه يخبر عما يملك استئنافه وان لم يكن الثمن منقودا فالقول للآمر عند الامام وعندهما القول للمأمور لانه اخبر عما يملك استئنافه فصح كما فى المعين* وله انه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيقبل قوله كما فى المنح وغيره* فعلى هذا عبارة المص قاصرة فالاولى ان يفصل تدبر (وللوكيل) بالشراء (طلب الثمن من الموكل) اذا اشترى وقبض المبيع (وان) وصلية (لم

بدفعه) اى الثمن (الى البائع) اذ يجرى بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية * ولهذا لو اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل على الوكيل بالعيب فيصير الوكيل بائعا من موكله حكما فيطلب الثمن من موكله سواء دفعه الى بائعه اولا (وحبس المشترى لاجله) اى للوكيل بالشراء حبس ما اشتراه من موكله لان يقبض ثمن المبيع وان لم يدفع الثمن الى بائعه لما علم ان المبادلة الحكمية تجرى بينهما * وقال زفر ليس له الحبس لان الموكل صار قابضا بيده فحق الحبس يسقط * وفي التنوير ولو اشتراه الوكيل بنقد ثم اجله البائع كان للوكيل المطالبة حالا (فان هلك قبل حبسه هلك على الآمر) اى ان هلك المشترى في يد الوكيل قبل ان يحبسه من موكله يهلك على مال الموكل لا الوكيل (ولا يسقط ثمنه) اى ثمن المبيع عن الموكل فيرجع الوكيل عليه لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبس يصير الموكل قابضا بيده (وان) هلك المشرى في يد الوكيل (٢ بعد حبسه) اى حبس الوكيل اياه (سقط) الثمن عند الطرفين لانه بمنزلة البائع منه وكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه (وعند ابى يوسف هو كالرهن) لانه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو رهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وهنا لا ينفسخ اصل العقد * قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضى الوكيل به * والحاصل ان عندهما يسقط الثمن بهلاكه وعند ابى يوسف يهلك بالاقل من قيمته ومن الثمن حتى لو كان الثمن اكثر من قيمته رجع الوكيل بذلك الفضل على موكله * وعند زفر يضمن جميع قيمته (وليس للوكيل بشراء معين شراؤه لنفسه) ولا لموكل آخر لانه يؤدى الى تغرير الآمر من حيث انه اعتمد ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه الا بمحضر من الموكل كما في الهداية والتعليل الاول يفيد عدم الجواز بمعنى عدم الحل كما في البحر وفسره الزيلعى بانه لا يتصور شراؤه لنفسه وهو مناسب للتعليل الثانى ولو اشتراه لنفسه عند غيبة الموكل ناويا او متلفظا وقع للموكل الا اذا باشر على وجه المخالفة فانه وقع للوكيل * وعن هذا قاله (فان شراه بخلاف جنس ما سمى) من الموكل له (من الثمن او بغير النقود) بان شراه بالعروض او بالحيوان (وقع) الشراء (له) اى للوكيل لانه خالف امره فنفذ عليه وظاهر قوله بخلاف الجنس يقتضى ان لا يكون مخالفا بما اذا سمى له ثم افزاد عليه او نقص منه * لكن ظاهر ما في الكافى الحكم انه يكون مخالفا فيما اذا زاد لا فيما اذا نقص عنه لانه قال وان سمى ثمنا فزاد عليه شيئا لم يلزم الآمر * وكذلك ان نقص من ذلك الثمن الا ان يكون وصف له بصفة وسمى له ثمنا فاشترى بتلك الصفة باقل من ذلك الثمن فيجوز على الآمر (كذا) يقع الشراء للوكيل (ان امر) الوكيل (غيره فشراه) الغير الوكيل الثانى (بغيبته) اى بغيبة الوكيل الاول لمخالفة امر الآمر لانه مأمور بان يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك في حال غيبته (وان) شراه اى الوكيل الثانى (بحضرته) اى بحضرة الوكيل الاول (فللموكل) اى يقع شراؤه للموكل لانه يحضر رأيه حينئذ فلا يكون مخالفا بخلاف الوكيل بالطلاق والعتاق اذا وكل غيره فطلق الثانى او اعتق بحضرة الاول حيث لا ينفذ وان حضر رأيه (وفي غير المعين هو) اى الشراء (للوكيل) يعنى لو اشترى الوكيل بشراء شئ غير معين شيئا يكون الشراء للوكيل

٢ وفي الاصلاح وبعد حبسه كان مضمونا ضمان الرهن عند ابى يوسف وضمان المبيع عند محمد وهو قول ابى حنيفة وضمان الغصب عند زفر * فان كان الثمن مساويا للقيمة فلا اختلاف وان كان الثمن عشرة والقيمة خمسة عشر فعند زفر يضمن خمسة عشر لكن يرجع الموكل على الوكيل بخمسة وعند الباقين يضمن عشرة وان كان بالعكس فعند زفر يضمن عشرة ويطالب الخمسة من الموكل وكذا عند ابى يوسف لان الرهن يضمن بالاقل من قيمته ومن الدين * وعند محمد يكون مضمونا بالثمن وهو خمسة عشر منه

اذالاصل ان يعمل لنفسه (الا ان اضاف العقد الى مال الموكل) بان قال اشتريت بهذا الالف وهو مال الآمر (او اطلق) العقد بان قال اشتريت فقط (ونوى) الشراء (له) اى للموكل فيكون للموكل فى الصورتين* وفى الهداية هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان الآمر وهو المراد عندى بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه اى فى النقد تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو اى الجواب مطلق لاتفصيل فيه وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحال الوكيل على مايحل له شرعا او يفعله عادة اذالشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه ويعمل للآمر فى هذا التوكيل وان تكاذبا فى النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ماذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد هو للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت* جعله لغيره ولم يثبت* وعند ابى يوسف يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اى حنيفة اى المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما فى حالة التكاذب فالتوكيل بالاسلام فى الطعام على هذه الوجوه اه (ويعتبر فى السلم والصرف مفارقة الوكيل لا الموكل) فيبطل عقدهما بمفارقة الوكيل صاحبه قبل القبض لوجود الافتراق من غير قبض ولا يبطل بمفارقة الموكل اذ القبض للعاقد وهو ليس بعاقد* وما ٣ قيل من انه اذا حضر الموكل مجلس العقد لايعتبر مفارقة الوكيل ضعيف لكون الوكيل اصلا فى الحقوق فى البيع مطلقا كما فى البحر* قيد بالوكيل لان الرسول فيهما لايعتبر مفارقته لان الرسالة فى العقد لا فى القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح (ولو قال) الوكيل بالشراء (بعنى هذا لزيد) اى لاجله (فباع ثم انكر) المشترى (كون زيد امره) بعد اقراره بقوله لزيد (فلزيد اخذه) اى اخذ المبيع جبرا (ان لم يصدق انكاره) اى المشترى لان قول الوكيل بعنى هذا لزيد اقرار منه بالوكالة فلا يلتفت الى انكاره للتناقض (فان صدقه) اى زيد انكاره بان قال لم آمره بالشراء (لا يأخذه) زيد (جبرا) لان اقرار المشترى ارتد برده (فان سلمه المشترى اليه) اى الى زيد (صح) لان البيع يوجد بينهما حكما لان الوكيل ولو فضوليا كالبائع والموكل كالمشترى فصار بيعا بالتعاطى (ومن وكل بشراء رطل لحم بدرهم فشرى رطلين بدرهم مما) اى من اللحم الذى (يباع رطل بدرهم لزم) فى هذا البيع (موكله) من اللحم (رطل بنصف درهم) عند الامام* قيد بما يباع رطل بدرهم لانه لو اشترى لحما لا يباع رطل بدرهم بل اقل يكون الشراء واقعا للوكيل بالاجماع (وعندهما) وهو قول الائمة الثلثة (يلزمه) اى الموكل (الرطلان بالدرهم) لانه امره بصرف الدرهم فى اللحم وفعل المأمور وزاده خيرا فصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين* وله انه مأمور بشراء رطل مقدر وليس بمأمور بشراء الزيادة فينفذ شراء رطل عليه وشراء رطل على الموكل بخلاف ما استشهدا به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له* قيل ان محمدا هنا مع الامام

٣ قائله صاحب النهاية منه

فى قول قيد بالموزونات لان فى القيميات لاينفذ شئ على الموكل اجماعا كما فى البحر * وفى البزازية امره بان يشترى بعشرة دنانير فاشتراه بمأتى درهم وقيمة الدراهم مثل الدنانير لزم الموكل خلافا لمحمد وزفر * ولو بعرض قيمتها مثل الدراهم لايلزم الآمر اجماعا (ولو وكل بشراء عبدين بعينهما) بلا ذكر ثمنهما (فشرى) المأمور للآمر (احدهما) اى احد العبدين بقيمته او بنقصان (جاز) عن الآمر بالاجماع لان التوكيل مطلق فيجرى على اطلاقه * وكذا لا يتفق الجمع بينهما فى الشراء الا فيما يتغابن الناس فيه وهو الغبن الفاحش لان التوكيل بالشراء بالمتعارف والمتعارف فيما يتغابن فيه الناس ولهذا قلنا بقيمته او بنقصان (وكذا ان وكل بشرائهما) اى بشراء عبدين بعينهما (بالف وقيمتهما سواء فشرى) المأمور (احدهما) اى احد العبدين (بنصفه) اى بنصف الالف (او باقل) من نصف الالف جاز لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان امرا بشراء كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير فوقع عن الآمر (وان) شرى (باكثر) من نصف الالف (لا) يجوز اى لايقع عن الآمر بل عن المأمور لانه مخالفة الى شر قلت الزيادة او كثرت * وهذا عند الامام (وقالا يجوز) الشراء باكثر (ايضا) كما يجوز بنقصه او اقل (ان كان) شراؤه (بما يتغابن) الناس (فيه وقد بقى مايشترى بمثله الآخر) لان التوكيل مطلق فيحمل على المتعارف كما بيناه * ولكن لابد ان يبقى من الالف باقية يشترى بمثلها الباقى ليمكنه تحصيل غرض الآمر (فان شرى) الوكيل العبد (الآخر بما بقى) من الثمن (قبل) وقوع (الخصومة) بينهما (جاز اتفاقا) لحصول الحق وهو شراء العبدين بالف (فان قال الوكيل بشراء عبد غير معين) اى غير معين (بالف) درهم (شريته) اى العبد (بالف وقال الموكل) بل شريته (بنصفه) اى بنصف الالف وهو خمسمائة وليس لهما برهان (فان كان دفع) الموكل (اليه) اى الى الوكيل (الالف صدق الوكيل ان ساوى) قيمته العبد (الالف) لانه امين وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والموكل يدعى ضمان نصف مادفع اليه وهو منكر وان لم يساو قيمة العبد الالف بل يساوى نصفه صدق الموكل بلا حلف لانه امره بشراء عبد بالف والمأمور اشترى بغبن فاحش والامر يتناول مايساويه فيضمن المأمور خمسمائة (وان لم يكن دفعها) اى دفع الموكل الالف الى الوكيل وباقى المسئلة بحالها (فان ساوى) قيمة العبد (نصفها) اى نصف الالف (صدق الموكل) بلا يمين لان المأمور خالف الامر (وان ساواها) اى ان ساوى قيمته الف (تحالفا) لان الموكل هنا كالبائع والوكيل كالمشترى وقد وقع الاختلاف فى الثمن فيجب التحالف ويفسخ العقد (و العبد للمأمور) فى الصورتين (وكذا فى معين لم يسم له ثمنا فشراه واختلفا فى ثمنه) يعنى اذا قال له اشتر هذا العبد لى ولم يسم ثمنا فاشتراه المأمور ثم اختلفا فى ثمنه فقال المأمور اشتريته بالف وقال الآمر بل بخمسمائة وليس لهما برهان يلزمه التحالف كما فى المسئلة الاولى فان نكلا فللوكيل وان نكل احدهما فلمن نكل (ولا عبرة لتصديق البائع) المأمور (فى الاظهر) قيل

لان البائع ان استوفى الثمن فهو اجنبي عنهما وان لم يستوف فهو اجنبي عن الآمر لا مدخل له* وهذا قول الامام ابى منصور* وفى الهداية وهو الاظهر وفى الكافى وهو الصحيح وقيل لا تخالف هنا لارتفاع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد وفى المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف والى هذا مال الفقيه ابو الليث وقال قاضيخان وهو الاصح وفى التنوير ولو اختلفا فى مقدار الثمن الذى عينه له فقال الآمر امرتك بشرائه بمائة وقال المأمور بألف فالقول للآمر مع يمينه والعبد للمأمور* فان برهنا قدم برهان المأمور* ولو امره بشراء اخيه فاشترى الوكيل فقال الآمر ليس هذا باخى فالقول للآمر مع يمينه ويكون الوكيل مشتريا لنفسه وعتق العبد على الوكيل لزعمه انه اخو الموكل وعتق على موكله فيؤاخذ بذلك كما فى البحر

فصل

فى بيان احكام من يجوز للوكيل ان يعقد معه ومن لا يجوز (لا يصح عقد الوكيل بالبيع او الشراء مع من ترد شهادته له) كاصله وفرعه وزوجه وزوجته وسيده وعبده ومكاتبه وشريكه فيما يشتركانه عند الامام (وقال يجوز) العقد (بمثل القيمة الا فى العبد والمكاتب) لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد الذى لا دين عليه لانه بيع من نفسه لان ما فى يد العبد للمولى وكذا للمولى حق فى كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز* وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة لان كل واحد منهم ينتفع بمال الآخر عادة فصار بيعا من نفسه من وجه ودخل فى البيع الاجارة والصرف والسلم فهو على هذا الخلاف الا اذا اطلق الموكل بان قال له بع ممن شئت فيجوز بيعه من هؤلاء المذكورين بمثل القيمة كما يجوز عقده معهم باكثر من القيمة بلا خلاف كما فى المنح* وفى النهاية وان كان باقل منها بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان البيع بغبن يسير لا يجوز عند الامام ويجوز عندهما وان كان بمثل القيمة فعن الامام روايتان (والوكيل بالبيع يجوز بيعه) من غير هؤلاء (بما قل) من الثمن ولو غبنا فاحشا لان البيع بالغبن الفاحش معتاد عند الاحتياج الى النقد وبالكثير من القيمة (او كثر) وانما ذكره ليتناول كل بدل فان القلة امر اضافى فلم يكن ذكره استطرادا ياكما قيل[٤] (و) كذا يجوز بيعه (بالعرض) سواء قل او كثر من القيمة عند الامام لانه بيع مطلق وقد وجد به خاليا عن التهمة فيجوز (وقالا لا يجوز) بيعه (الا بمثل القيمة وبالنقود) اى لا يجوز بيعه من غير هؤلاء بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير لا بالعرض عندهما لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقع الحاجة والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه* ولذا لو صدر من المريض يعتبر من الثلث وكذلك المقايضة فلا يتناوله مطلق اسم البيع* قال ابو المكارم وبيع المضارب والمفاوض وشريك العنان بغبن فاحش على هذا الخلاف واما بيع الولى كالاب والجد والوصى والقاضى لا يصح بالاقل الا بما يتغابن فيه بالاتفاق كما فى العمادية (ويجوز بيعه

[٤] قائله ابو المكارم. منه.

بالنسيئة) ان كان ذلك التوكيل بالبيع للتجارة عند الامام وان كان الاجل غير متعارف لما مر انه بيع مطلق خاليا عن التهمة فيجوز وعندهما لايجوز الا بالاجل المتعارف لان المطلق ينصرف الى المتعارف وعند الائمة الثلاثة يجوز بثمن المثل وبنقد البلد حالا فان كانت النقود مختلفة يعتبر الاغلب * وانما قيدنا بالتجارة لانه او لم يكن لها بل كان لحاجة لايجوز كالمرأة اذا دفعت غزلا الى رجل ليبيعه لها يتعين النقد وفى المنح وبه يفتى وهو مذكور فى الخلاصة وكثير من المعتبرات * لان الموكل قال بعه فانى محتاج الى ثمنه وهو لو صرح بذلك لم يجز بيعه نسيئة كما فى النتف * وينبغى ان يكون الحكم كذلك فى كل موضع قامت الدلالة على الحاجة اه * وفى البحر لو قال بعه الى اجل فباعه بالنقد قال السرخسى الاصح انه لايجوز بالاجماع (و) يجوز (بيع نصف ماوكل ببيعه) كالعبد والفرس عند الامام لان اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع والافتراق فيعمل باطلاقه * وعندهما والائمة الثلاثة لايجوز لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما لاندفاع الضرر قبل نقض العقد الاول * وبهذا ظهر ان الخلاف فى الذى يتضرر بالتفريق والتقسيم والايجوز كالبر والشعير اذ ليس فى تفريقه ضرر اصلا كما فى الاصلاح * ولذا قلنا كالعبد والفرس (و) يجوز (اخذه) اى اخذ الوكيل بالبيع (بالثمن كفيلا او رهنا) للاستيثاق (فلا يضمن) الوكيل الثمن للموكل والقيمة للراهن (ه ان توى) اى هلك (ماعلى الكفيل) من الثمن (اوضاع الرهن فى يده) اى الوكيل لان الوكيل اصيل فى الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه فى قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لايملك الموكل حجره عن قبض الثمن كما فى الهداية * وفى المنح وهو مخالف لما فى الخلاصة من ان الوكيل بقبض الدين له اخذ الكفيل فيحمل كلام الهداية على اخذ الكفيل بشرط البراءة فهو حوالة لايجوز للوكيل بقبض الدين قبولها كما صرح به فى البزازية * والمراد بعدم الضمان عدمه للموكل والا فالدين قد سقط بهلاك الرهن اذا كان مثل الثمن بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ رهنا فضاع فانه لايسقط من دين الموكل شئ ولاضمان على الوكيل اه (ولو وهب) الموكيل (الثمن من المشترى او ابرأه منه او حط منه) اى بعض الثمن (جاز) عند الطرفين (ويضمن) الوكيل الثمن كله لموكله فى الحال (وعند ابى يوسف لايجوز) كل من الهبة والابراء والحط اذ لاملك له ولا امر له فيما فعل ولم يجز * ولهما ان حقوق العبد راجعة الى العاقد وهذه التصرفات من حقوقه فيملكها ودفع الضرر حاصل بتضمينه فى الحال على وجه الكمال (و كذا الخلاف لو اجله) اى الثمن (او قبل به) اى بالثمن (حوالة) قال قاضيخان ولم يذكر التأجيل فى الاصل قيل يجوز التأجيل فى قول ابى يوسف ايضا كما لو باع بثمن مؤجل * وقيل لا يجوز * واختاره المص فلذا قال وكذا الخلاف لو اجله (ولو قاله) الوكيل بالبيع (صح) عقد الاقالة (وسقط الثمن عن المشترى ولزم) الثمن (الوكيل) عند الطرفين لانه عاقد فيصح

ه قيل يتحقق التوى فى الكفالة بان مات الكفيل مفلسا او قد غاب الاصيل غيبة لايعرف او مات هو ايضا مفلسا بان رفع الامر الى قاض مالكى يجوز براءة الاصيل عن الدين بكفالة الكفيل ويحكم براءته ثم بموت الكفيل مفلسا اذ لايجوز الرجوع بموت الكفيل مفلسا وقيل المراد من الكفالة هنا الحوالة لان التوى لايتحقق فى الكفالة * وفى البحر كلام فليطالع منه

تصرفه فيضمن الثمن للموكل قيد بالبيع لان الوكيل بالشراء لا يملك الاقالة اتفاقا* هذا اذا لم يقبض الثمن فلو قبضه ثم اقال لا يصح* وكذا اذا كان على الوكيل دين لرجل فاحاله على المشترى ليأخذ الثمن ثم اقال لا يصح كما فى شرح المجمع (وعند ابى يوسف لا يسقط عن المشترى) لانه اضرار للموكل فيبقى الثمن للموكل فى ذمة المشترى الا ان الاقالة لما كانت عنده بيعا صار الوكيل مشتريا من المشترى المبيع فكان الوكيل مديونا للمشترى مثل الثمن الاول كما فى شرح المجمع (والوكيل بالشراء يجوز شراؤه بمثل القيمة) او باقل منها وهو ظاهر لا يحتاج الى البيان (و) يجوز (بزيادة يتغابن بها وهى) اى الزيادة التى يتغابن بها (مايقوم به مقوم) بان قومه عدل مثلا بعشرة وعدل آخر بتسعة فاشتراه بعشرة يدخل تحت تقويم مقوم* وقدروه فى العروض بزيادة نصف فى العشرة وفى الحيوان بدرهم وفى العقار بدرهمين فهو الغبن اليسير فلزم الموكل * ومن هذا قال (وقدر فى العروض «ده نيم» وفى الحيوان «ده يازده» وفى العقار «ده دوازده») هذا فيما لم يكن له قيمة معلومة كالعبد والدواب وغيرهم واما ماله قيمة معلومة كالخبز واللحم وغيرهما فلا يحتاج الى تقويم مقوم فلا يدخل تحته حتى اذا زاد الوكيل بالشراء شيأ قليلا كالفلس لا ينفذ على الموكل لظهور المخالفة وبه يفتى كما فى البحر وغيره* فعلى هذا لو قيد قوله وهو مايقوم به مقوم بان لم يعرف سعره لكان اولى تدبر (لا بما لا يتغابن بها) اى لا يجوز شراء الوكيل بالغبن الفاحش لجواز اشترائه لنفسه ثم لغلاء ثمنه يحوله على الآمر وهذه التهمة لا توجد فى الوكيل بالبيع* اطلقه فشمل ما اذا كان وكيلا بشراء شئ بعينه فلا يملك الشراء بغبن فاحش وان كان لا يملك الشراء لنفسه بالمخالفة يكون مشتريا لنفسه وكانت التهمة باقية كما فى التبيين* لكن فى الهداية خلافه فانه قال حتى لو كان وكيلا بشراء شئ بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وفى العناية ان ما فى الهداية قول عامة المشايخ وبعضهم قال لا ينفذ على الآمر تتبع (ولو وكل ببيع عبد فباع نصفه جاز) عند الامام لما قررناه آنفا (وقالا لا يجوز) بيعه بما يتعيب بالشركة كالعبد لا بما لا يتعيب كالبر فانه يجوز بالاتفاق كما مر (الا ان باع الباقى قبل الخصومة) اى قبل الاختصام الى القاضى ونقض القاضى البيع فحينئذ يجوز لعوده الى الوفاق (وهو) اى جوازه ان باع الباقى قبل الخصومة (استحسان) عندهما* وانما ذكر هذه المسئلة مع انها قد ذكرت فيما تقوم بقوله وبيع نصف ما وكل ببيعه جاز* توطئة لقول الامامين والمسئلة التى تليها وهو التوكيل بشراء عبد لان المسئلة الاولى تذكر بلا خلاف فيتوهم انها متفق عليها فذكرها لدفع التوهم لكن الاولى ان يتركها فيما سبق وذكرها هنا جميعا كما وقع فى الهداية تدبر (وان وكل بشراء عبد فاشترى نصفه لا يلزمه الموكل) لما فيه من ضرر الشركة (الا ان اشترى باقيه قبل الخصومة اتفاقا) لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين اثنين فينفذ على الموكل بالاتفاق* والفرق للامام بين البيع والشراء ان الامر فى البيع صادف ملكه فاعتبر فيه اطلاقه بخلاف الامر بالشراء* وقال زفر يلزم الوكيل مطلقا* اطلقه فشمل ما اذا كان العبد معينا او لا لانه خالفه بشراء نصف

فلا يلزم الموكل الا بعد شرائه فبهذا ظهر عدم صحة ماقيل ينبغى ان لايتوقف شراء النصف اذا كان التوكيل بشراء شئ بعينه تأمل (ولورد المبيع) اى رد المشترى المبيع (على الوكيل بعيب بقضاء) اى بقضاء القاضى (رده) الوكيل (على آمره مطلقا) سواء كان بسبب البينة من قبل المشترى او بنكول الوكيل حين توجه عليه اليمين او اقرار الوكيل عند القاضى (فيما) اى فى عيب (لايحدث مثله) لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطرب فى النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر فكذا باقرار فيما لايحدث مثله لان القاضى تيقن بحدوث العيب فى يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج ثم ان اشتراطها فيما كان تاريخ البيع مشتبها على القاضى اوكان العيب مما لايعرفه الا النساء او الاطباء فان قولهن وقول الطبيب حجة فى توجه الخصومة لا فى الرد فيفتقر الى احدى هذه الحجج للرد حتى علم القاضى تاريخ البيع والعيب ظاهر لايحتاج الى شئ منها كما اذا كان العيب مما لايحدث اصلا كأصبع زائدة لاحاجة الى الحجة * وانما قال بقضاء لانه ان كان الرد بغير قضاء ليس له الرد على الوكيل ولا الخصومة معه كما فى عامة روايات المبسوط (وكذا) يرد الوكيل على الآمر (فيما) اى فى عيب (يحدث مثله) فى هذه المدة (ان) كان قضاء القاضى (ببينة او نكول) عن يمين لما تقدم آنفا (وان) كان قضاء القاضى (باقرار) الوكيل (فلا) يرده على آمره (ولزم الوكيل) لان الاقرار حجة قاصرة فيظهر حق المقر دون غيره والوكيل غير مضطر عليه لانه يمكنه السكوت والنكول ولكن له ان يخاصم الموكل ان كان الرد عليه بقضاء فيلزمه ببينة او بنكول وان كان بغير قضاء ليس له ان يخاصم الموكل لانه فسخ للبيع بالتراضى فيكون بيعا جديدا فى حق غيرهما والموكل غيرهما (ولو باع) الوكيل (بنسيئة) اى الى اجل (وقال الموكل امرتك بالنقد وقال) الوكيل (لا بل اطلقت) اى امرتنى بالبيع من غير تقييد بالنقد (صدق الموكل) مع اليمين لان الامر مستفاد من الآمر ولا مساعدة بدلالة اللفظ على ماقاله المأمور (وفى المضاربة) صدق (المضارب) لان الاصل فى المضاربة العموم والاطلاق فيعتبر قوله مع اليمين بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة فى نوع والمضارب فى نوع آخر حيث يكون القول لرب المال (ولا يصح تصرف احد الوكيلين وحده فيما وكلا به) لعدم رضى الموكل الا برأيهما معا * وفى المنح اطلقه فشمل ما اذا كان احدهما حرا بالغا عاقلا والآخر عبدا او صبيا محجورا عليه لكنه مقيد بما اذا وكلهما بكلام واحد اما اذا كان توكيلهما على التعاقب فانه يجوز لاحدهما الانفراد لانه رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد وقت توكيله بخلاف الوصيين اذا اوصى الى كل منهما بكلام على حدة حيث لم يجز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف على الاصح اه لكن فى الشمنى خلاف مافى المنح لانه قال او باع احدهما والآخر حاضر يجوز ولو كان الآخر غائبا فاجاز لم يجز عند ابى حنيفة خلافا لابى يوسف ولو كان احدهما صبيا او عبدا محجورا فللآخر ان ينفرد بالتصرف ولو مات احدهما او زال عقله ليس له ذلك تتبع وفى الخانية رجل قال لرجلين وكلت احدكما بشراء جارية لى بالف درهم فاشترى احدهما

(ثم)

ثم اشترى الآخر فان الآخر يكون مشتريا لنفسه ولو اشترى كل واحد منهما جارية ووقع شراؤهما فى وقت واحد كانت الجاريتان للموكل وعليه الفتوى كما فى البحر (الا فى خصومة) فان لاحدهما ان يخاصم وحده لان الاجتماع فيها متعذر لافضاء الشغب فى مجلس القضاء خلافا لزفر والشافعى وظاهره انه اذا خاصم احدهما لم يشترط حضرة الآخر وهو قول العامة لعدم الفائدة بسماعها وهو ساكت كما فى التبيين وغيره * وبه ظهر ان ماذكره ابن الملك من اشتراط الحضرة ضعيف كما فى البحر لكن لابد من مباشرة رأى الآخر حتى لو باشر احدهما بدون رأى الآخر لايجوز عندنا كما ذكره العينى * فعلى هذا يمكن حمل ما فى ابن ملك على الرأى فيكون موافقا لقول العامة وهو اولى من الحمل على الضعف تدبر (ورد وديعة) وفى البحر ولو قال ورد عين لكان اولى فانه لافرق بين رد الوديعة والعارية و المغصوب والبيع الفاسد كما فى الخلاصة لكن يمكن بان رد عارية وغصب داخل فى رد وديعة حكما والبيع الفاسد فى حكم الغصب فاكتفى بذكرها تدبر * قيد بالرد احترازا عن الاسترداد فليس لاحدهما القبض بدون صاحبه (وقضاء دين وطلاق وعتق لاعوض فيهما) وكذا تعليق بمشية الوكيلين وتدبير وتسليم هبة كما فى التنوير لانه مما لايحتاج الى الرأى ويعتبر المثنى فيه كالواحد * هذا اذا كان التوكيل بطلاق واحدة معينة وعتق معين لانه او وكلهما بطلاق واحدة بغير عينها او عتق عبد بغير عينه لاينفرد احدهما كما فى السراج * لانه مما يحتاج الى الرأى * وقيد بلا عوض فيهما لانه لو كان الطلاق والعتق بعوض لم ينفرد احدهما الا اذا اجازه الموكل او الوكيل * وفى البحر ان الوكالة والوصاية والمضاربة والقضاء والتولية على الوقف سواء فليس لاحدهما الانفراد (وليس للوكيل ان يوكل) غيره لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به اذ رضى برأيه دون رأى غيره لوجود التفاوت فى الآراء (الا باذن موكله) لتحقق رضائه (او بقوله) اى بقول الموكل للوكيل (اعمل برأيك) لاطلاقه ٧ التفويض الى رأيه * واستثنى صاحب التنوير من الاستثناء الاول فقال الا فى دفع زكاة وفى قبض دين بمن فى عياله وعند تقدير الثمن من الموكل لوكيله فان تصرف وكيل الوكيل بدون الاذن جائز فيها (فان اذن) الموكل بالتوكيل (فوكل) الوكيل غيره (كان) الوكيل (الثانى وكيل الموكل الاول لا الثانى) ثم فرعه بقوله (فلا ينعزل) الوكيل الثانى (بعزله) اى بعزل الموكل الثانى (ولا) ينعزل (بموته) اى بموت الموكل الثانى * قال المولى سعدى ينبغى ان يملك عزله فيما اذا قال الموكل اعمل برأيك اه * وفيه كلام لان الوكيل مأمور باعمال رأيه وقد عمل بان يوكل غيره فتم الامر فلا يملك العزل لان العزل الرجوع عن الرأى الاول وليس فى قوله اعمل برأيك مايدل على هذا بخلاف ما اذا قال اصنع ماشئت لان فيه مايدل على العموم فيملك العزل تدبر (وينعزل لان) اى الوكيل الاول والثانى (بموت) الموكل (الاول) لان الموكل عامل لنفسه فينعزل وكيله بموته لبطلان حقه (وان وكل) الوكيل غيره (بلا اذن) من الموكل (فعقد) الوكيل (الثانى

٧ وقال صاحب المنح قال الرجل فوضت اليك امر امرأتى صار الرجل وكيلا بالطلاق ويقيد بالمجلس فان طلق فى المجلس صح والا فلا * بخلاف قوله وكلتك فى امر امرأتى حيث لايقتصر على المجلس منه

بحضرته) اى بحضرة الوكيل الاول (جاز) عنده لان المقصود حضور رأيه وقد حضر* وظاهر العبارة الاكتفاء بالحضرة من غير توقف على الاجازة* وهذا قول البعض* والعامة على انه لا بد من الاجازة الوكيل او الموكل وان حضرة الوكيل الاول لا تكفي والمطلق من العبارات محمول على اجازة كما فى ٨ اكثر المعتبرات* فعلى هذا لو قال فاجازه مكان قوله بحضرته لكان اولى تدبر (وكذا لو عقد) الوكيل الثانى (بغيبته) اى بغيبة الاول (فاجازه) اى اجاز الوكيل الاول عقده جاز * ولو اكتفى بقوله فعقد الثانى بحضرته او بغيبته فاجازه جاز لكان اخصر واولى لان الحكم فيهما موقوف على الاجازة على قول العامة كما بين قبيله تدبر* قيد بالعقد احترازا عن الوكيل بالطلاق والعتاق اذا وكل غيره وطلق الثانى بحضرة الوكيل الاول او طلق الاجنبى فاجاز الوكيل فانه لا يقع * وكذا الابراء والخصومة وقضاء الدين كما فى المنح (او كان) الوكيل الاول (قد قدر الثمن) للثانى فعقد الثانى بغيبته جاز لان الاحتياج فيه الى الرأى لتقدير الثمن وقد حصل كما فى العناية (ولا يجوز لعبد او مكاتب التصرف فى مال طفله ببيع او شراء ولا تزويجه) لانتفاء ولايتهما بالرق (وكذا الكافر فى حق طفله المسلم) لانتفاء ولايته بالكفر * والاصل ان من لا ولاية له على غيره لم يجز تصرفه فى حقه * يقال حكم المستأمن والحربى والمرتد يعلم من حال الزمى دلالة * ولذا بين حاله دون غيره من الكفار *وقيل تصرف المرتد موقوف بالاتفاق لتردد الملة فى حقه *فان اسلم نفذ وان قتل لا

٨ والمراد من اكثر المعتبرات النهاية والسراج الوهاج والخانية والبحر الرائق منه

٩ قائله صاحب الفرائد منه

باب الوكالة بالخصومة والقبض

اخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لان الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن هو فى ذمته* وذلك فى الاغلب يكون لمطالبة المبيع او الثمن (للوكيل بالخصومة القبض) عند ائمتنا الثلاثة لان من ملك شيأ ملك اتمامه واتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض (خلافا لزفر) لان القبض غير الخصومة فلا يكون الوكيل به وكيلا بها اذ يختار الموكل للقبض أمن الناس وللخصومة الج الناس (والفتوى اليوم على قوله) اى على قول زفر وهو قول الائمة الثلاثة لان من يؤتمن على الخصومة لا يؤتمن على المال لظهور الخيانة فى الوكلاء فى هذا الزمان * افتى بذلك الصدر الشهيد وكثير من مشايخ بلخ وسمرقند وغيرهم * ولذا اشار الى خلاف زفر عند ائمتنا الثلاثة لقوة قوله فى هذه المقام * وفى التنوير الوكيل بالخصومة اذا ابى لا يجبر عليها الا اذا كان وكيلا بالخصومة بطلب المدعى وغاب المدعى عليه بخلاف الكفيل (ومثله) اى مثل الوكيل بالخصومة (الوكيل بالتقاضى) يعنى ان الوكيل بالطلب مثل الوكيل بالخصومة فانه يملك القبض على اصل الرواية لانه فى معناه وضعا * يقال اقتضيت حقى اى قبضته فانه مطاوع قضى الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لا يملك كما فى الهداية * وفى الغاية قال البيهقى الوكيل بتقاضى الدين يملك القبض اتفاقا فى جواب كتاب الوكالة لكن فتوى المشايخ على انه لا يملك لفساد الزمان انتهى * وفى الواقعات ليس له ان يقبض الدين فى زماننا وهو اختيار مشايخ بلخ وبه اخذ ابو الليث اه * فعلى هذا ظهر عدم فهم ٩ ما قيل من انه قال صاحب الاختيار والوكيل بالتقاضى يملك القبض بالاجماع لانه لا فائدة للتقاضى بدون القبض

فيلزم التأمل في قوله بالاجماع مع ان الخلاف مصرح في سائر الكتب لان ماقاله صاحب الاختيار على رواية الاصل والفتوى على انه لا يملك لفساد الزمان فلا خلاف بالاتفاق على رواية الاصل لما في السراجية الوكيل بالتقاضي وكيل بالقبض في ظاهر الرواية والفتوى على انه ينظر ان كان التوكيل بذلك في بلد كان من العرف بين التجار ان المتقاضي هو الذي يقبض الدين كان توكيلا بالقبض والافلا انتهى * وفي التنوير ورسول القاضي يملك القبض لا الخصومة اجماعا * ولا يملك الخصومة والقبض وكيل الملازمة كما لا يملك الخصومة وكيل الصلح وكذا عكسه (والوكيل بقبض الدين الخصومة قبل القبض) عند الامام (خلافا لهما) وهو قول الائمة الثلاثة وهو رواية عن الامام لانه ليس كل من يصلح للقبض يعرف الخصومة ويهتدى الى المحاكمة فلا يحصل الرضى من الموكل * وله انه وكله باخذ الدين من ماله لان قبض نفس الدين لا يتصور * ولذا قلنا ان الديون تقضى بامثالها لان المقبوض ملك المطلوب حقيقة وبالقبض يتملكه بدلا عن الدين فيكون وكيلا في حق التمليك ولا ذلك الا بالخصومة * وثمرته ما اذا اقام الخصم البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده خلافا لهما * قيد بقوله قبل القبض لانه بعد القبض لا يكون له الخصومة اتفاقا * وفي التنوير امره بقبض دينه وان لا يقبضه الا جميعا فقبضه الا درهما لم يجز قبضه على الآمر والآمر الرجوع على الغريم بكله ولو لم تكن للغريم بينة على الايفاء فقضى عليه بالدين وقبضه الوكيل فضاع من الوكيل ثم برهن على الايفاء فلا سبيل للقضى عليه على الوكيل وانما يرجع على الموكل (والوكيل باخذ الشفعة الخصومة قبل الاخذ اتفاقا) حتى لو اقام المشتري البينة على الوكيل على ان الموكل سلمها تقبل وتبطل الشفعة واما بعد الاخذ بالشفعة فليس له الخصومة (وكذا الوكيل بالرجوع في الهبة) اى له الخصومة حتى لو اقام الموهوب له البينة على اخذ الواهب العوض تقبل ويبطل الرجوع (او بالقسمة) يعني للوكيل بالقسمة الخصومة حتى اذا وكل احد الشريكين وكيلا بان يقاسم مع شريكه فاقام الشريك البينة على الوكيل بان الموكل قبض نصيبه تقبل (او بالرد بالعيب) على البائع حتى اذا اقام البائع البينة على الوكيل بان الموكل رضى بالعيب تقبل (وكذا الوكيل بالشراء بعد مباشرته) يعني له الخصومة واما قبل مباشرته الشراء لا يكون له الخصومة * وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصل فيها فيكون خصما فيها (وليس للوكيل بقبض العين الخصومة) بالاجماع لانه امين محض بقبض عين حق الموكل من كل وجه فاشبه الرسول * ثم فرعه بقوله (فلو برهن ذو اليد على الوكيل بقبض عبد ان موكله باعه منه تقصر يد الوكيل) عنه (ولا يثبت البيع فيلزم) على ذي اليد (اعادة البينة اذا حضر الموكل) او من يقوم مقامه لان البينة قامت على من لا يكون خصما * والقياس فيه دفع العبد الى الوكيل لعدم قبول حجة ذي اليد لقيامها على من ليس بخصم فلم يعتبر * وجه الاستحسان ان الوكيل خصم في حق قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقتصر يده فتقام الحجة ثانيا على البيع اذا حضر الخصم (كما تقصر يد الوكيل بنقل الزوجة او العبد) يعني اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق او اقام العبد

البينة على العتاق على الوكيل بنقلهما الى موضع تقبل هذه البينة استحسانا فى قصر يد الوكيل عنهما حتى يحضر الخصم منكرا (ولا تثبت الطلاق والعتق لو برهنا) اى المرأة والعبد (عليهما) اى على الطلاق والعتاق (بلا حضور الموكل) لانهما اقاما حجة على وكيل غير خصم ولذا وجب اعادتها لو حضر موكله بخلاف قصر اليد (واقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضى) بغير الحدود والقصاص (صحيح) سواء كان وكيلا من قبل المدعى فاقر بالقبض او من قبل المدعى عليه فاقر بثبوت الحق وفيه اشعار بانه لو انكره ذلك الوكيل صح بالطريق الاولى وبانه لو استثنى الاقرار صح وصار وكيلا بالانكار كما لو استثنى الانكار صار وكيلا بالاقرار * وفى الصغرى لو استثنى الاقرار بحضرة الطالب صح والا * وقال محمد انه ايضا يصح كما فى القهستانى * وفى البزازية لو وكله بالخصومة غير جائز الاقرار صح ولم يصح الاقرار فى الظاهر لو موصولا ولا فى الاقضية ومفصولا ايضا (لا عند غير القاضى) اى ان كان اقراره عند غير القاضى فشهد به الشاهدان عند القاضى فانه غير صحيح استحسانا عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) اى يصح عند غير القاضى عنده لان الموكل اقام مقام الوكيل نفسه مطلقا وهو يقتضى ان يملك ما يملكه الموكل وهو يملك الاقرار عند غير القاضى وكذا وكيله * وعند زفر والشافعى وهو قول ابى يوسف اولا لا يصح اصلا وهو القياس لانه مأمور بالخصومة وهى منازعة والاقرار يضادها لانه مسالمة والامر بالشئ لا يتناول ضده ووجه الاستحسان ان التوكيل صحيح فيدخل تحته ما يملكه الموكل وهو الجواب مطلقا فيتضمن الاقرار والموكل يملك الاقرار كذا يملك وكيله عند القاضى لكونه جواب الخصم وهو لا يكون معتبرا الا فى مجلس القضاء اذ وراء مجلسه يفضى الى المجادلة والمجاذبة وهو لم يوكل بذلك فحينئذ لا يكون وكيلا (لكن لو برهن عليه) اى على الوكيل * هذا استدراك من قوله لا عند غير القاضى فالهذا لو ذكر عقيبه لكان انسب تدبر (انه اقر فى غير مجلس القضاء خرج عن الوكالة ولا يدفع اليه المال) اى لا يؤمر المدعى عليه بدفع المال الى الوكيل لانه لا يصح بعد ذلك للمناقضة ولانه زعم انه مبطل فى دعواه (كالاب او الوصى اذا اقر فى مجلس القضاء لا يصح) اقرارهما (ولا يدفع اليه) اى الى الاب والوصى (المال) يعنى اذا ادعى الاب او الوصى شيأ للصغير فانكر المدعى عليه فصدقه الاب او الوصى ثم جاء يدعى المال فان اقراره لا يصح لان له ولاية نظرية وذلك بان يحفظ ماله ويتصرف فيه على الوجه الاحسن والاقرار لا يكون حفظا ولا يؤمر المدعى عليه بدفع المال اليه لانه لا يصح دعواه وينصب وصى آخر ويؤمر بدفع المال اليه لو ثبت (ولا يصح توكيل رب المال كفيله بقبض ما على المكفول عنه) كما لو وكله بقبضه من نفسه او عبده او وكل المحتال المحيل بقبضه من المحال عليه فانه غير صحيح لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه فى ابراء ذمته فانعدم الركن ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئا لنفسه فتنعدم بانعدام لازمه كما فى الهداية * وفى العناية سؤال وجواب فليراجع * وفى التنوير الوكيل بقبض الدين اذا كفل صح وبطل الوكالة بخلاف العكس

(وكذا)

وكذا كما صحت كفالة الوكيل بالقاضي بطلت وكالته تقدمت الكفالة او تأخرت (ومن صدق مدعي الوكالة بقبض الدين امر بالدفع اليه) لان تصديقه من قال انا وكيل الغائب بقبض دينه اقرار على نفسه لان ما يدفعه خالص حقه اذ الديون تقضى بامثالها (فان صدقه صاحب الدين) فيها اي اذا حضر الوكيل وصدق الوكيل في دعواه الوكالة فلا كلام لحصول المقصود (والا) اي وان لم يصدقه (امر) اي امر الغريم (بالدفع اليه) اي الى صاحب الدين (ايضا) اي كما امر بالدفع الى الوكيل لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء ان لم يجز الاستيفاء حال قيامه (ورجع) الغريم (به) اي بما دفعه (على الوكيل ان لم يهلك في يده) اي رجع الغريم به ان كان مادفعه اليه باقيا في يد الوكيل لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض قبضه ويأخذ ما يجده ولو كان بقاؤه حكما بان استهلكه الوكيل فانه باق ببقاء بدله (وان هلك) اي المقبوض في يد الوكيل (لا) اي لا يرجع بهلاكه لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض فيكون امينا وهو لا يكون ضمينا ولانه مظلوم في اخذ الوكيل ثانيا والمظلوم لا يظلم غيره (الا ان كان قد ضمنه عند دفعه) فحينئذ يرجع على الوكيل بمثل ما دفعه * قيل روى ضمنه بالتشديد وبعدمه فالمعنى بالتشديد الا اذا كان جعل الغريم الوكيل ضامنا بان قال عند دفعه ان حضر الغائب وانكر وكالتك واخذ مني ثانيا فانت ضامن بهذا المال فقال انا ضامن وبعدم التشديد الا اذا كان الوكيل بان قال عند دفعه ان حضر الغائب وانكر التوكيل واخذ منه ثانيا فاني ضامن بهذا المال فيصير الوكيل كفيلا بمال قبضه الدائن المنكر ثانيا لان اضافة الضمان الى زمان القبض جائز لا بمال قبضه الوكيل اولا لانه امانة في يده بتصادقهما على انه وكيل والامانات لا تجوز بها الكفالة وظاهر المتن انه لا رجوع على الوكيل حالة الهلاك الا اذا ضمن وليس كذلك بل الحكم كذلك لو قال له قبضت منك على اني ابرأتك من الدين كما في التنوير (او دفع اليه على ادعائه) حال كونه (غير مصدق وكالته) سواء كان مكذبا او ساكتا فانه يرجع عليه لانه انما دفع له على رجاء الاجازة فانقطع رجاؤه رجع عليه * وفي التنوير فان ادعى الوكيل هلاكه او دفعه لموكله صدق بحلفه وفي الوجوه كلها ليس له الاسترداد حتى يحضر الغائب (ومن صدق مدعي الوكالة بقبض الامانة لا يؤمر بالدفع اليه) لان تصديقه اقرار بمال الغير او لانه مأمور بالحفظ لا بالدفع بخلاف الدفع الدين فاذا لم يصدقه لا يؤمر بالدفع اليه بالاولى * وفي المنح تفصيل فليراجع (وكذا) اي مثل ما ذكر من الحكم (لو صدقه في دعوى شرائها من المالك) يعني لو ادعى انه اشترى الوديعة من مالكها وصدقه المودع لم يؤمر بدفعها اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه (ولو صدقه في ان المالك مات وتركها) اي الوديعة (ميراثا له [١] امر بالدفع اليه) اذا لم يكن على الميت دين مستغرق فلو انكر موته او قال لا ادري لا يؤمر بالتسليم اليه ما لم تقم البينة * هذه المسئلة قد تقدمت في اواخر القضاء فكان ذكرها هنا تكرارا تدبر (ولو ادعى المديون على الوكيل بقبض الدين استيفاء الدائن ولا بينة له) للمديون على استيفاء الدائن

[١] وفي التسهيل فيه اقرار على الغير بالموت فينبغي ان لا يؤمر بالدفع حتى يثبت موته عند القاضي اهـ وفيه كلام لان الثبوت عند القاضي يستلزم ان يكون منكرا وهو مقر فكيف يحتاج الى الثبوت * تدبر * منه

(امر بدفعه اليه) اى امر الغريم بدفع المال الذى عليه الى الوكيل * لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلايؤخر الحق * وقد جعلوا دعواه الايفاء لرب الدين جوابا للوكيل اقرارا بالدين وبالوكالة والالمااشتغل بذلك كما اذا طلب من الدائن وادعى الايفاء فانه يكون اقرارا بالدين وكما اذا اجاب المدعى ثم ادعى الغلط فى بعض الحدود فانه لايقبل لان جوابه تسليم الحدود كما فى المنح (ولايستحلفه) اى الوكيل (انه مايعلم استيفاء موكله) الدين لانه نائب من الموكل والنائب لايجرى عليه الحلف خلافا لزفر (بل يتبع) الغريم بعد مادفع المال الى الوكيل (رب الدين ويستحلفه) اى رب الدين انه مااستوفى فان حلف بقى الحكم على حاله ولو نكل بطل الحكم فيسترد فيه ماقبض (ولو ادعى البائع على وكيل الرد بالعيب ان موكله رضى به) اى بالعيب (لايؤمر بدفع الثمن قبل حلف المشترى) والفرق بين هذه وماتقدم من مسئلة الدين ان التدارك ممكن هناك باسترداد ماقبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عن نكوله وههنا غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطأ عند الامام كما هو مذهبه فى العقود والفسوخ ولايستحلف المشترى عنده بعد ذلك لانه لايفيد * واما عندهما فيجب ان يتحد الجواب فى الفصلين ولايؤخر لان التدارك ممكن عندهما البطلان القضاء وقيل الاصح عند ابى يوسف ان يؤخر فى الفصلين وفى المنح فلو ردها الوكيل على البائع بالعيب فى هذه المسئلة فحضر الموكل وصدقه على الرضى كانت له لاللبائع عند الكل على الاصح (ومن دفع اليه رجل آخر عشرة) دراهم ينفقها على ٢ اهله فانفق عليهم اى على اهله (عشرة) اخرى (من عنده فهى بها) اى العشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء وحكمه كذلك قيل هذا الاستحسان وفى القياس وهو قول الائمة الثلاثة ليس له ذلك فيصير متبرعا لانه خالف امره * وقيل القياس والاستحسان فى قضاء الدين لانه ليس بشراء واما الانفاق فيتضمن الشراء فلايدخلانه كما فى الاصلاح * وظاهر كلامه انه انفق دراهمه مع بقاء دراهم الموكل * ولذا قال فى النهاية هذا اذا كانت عشرة الدافع قائمة وقت شرائه النفقة وكان يضيف العقد اليها او كان مطلقا لكن كان ينوى تلك العشرة اما اذا كانت مستهلكة او اضاف العقد الى عشرة نفسه يصير مشتريا لنفسه متبرعا بالاتفاق لان الدراهم تتعين فى الوكالة وفى التنوير وصى انفق من ماله ومال اليتيم غائب فهو اى الوصى متطوع فى الانفاق الا ان يشهد على انما انفقه قرض عليه فلايكون متطوعا وله ان يرجع

باب عزل الوكيل

وجه تأخيره ظاهر (للموكل عزل وكيله) عن الوكالة لانها حقه فله ان يبطله الا اذا ٣ تعلق به اى بالتوكيل (حق الغير كوكيل الخصومة بطلب الخصم) فلايملك عزله فيصير كالوكالة المشروطة فى عقد الرهن ومال الوقف وفيه اشارة الى انه لو علق وكالته بالشرط ثم عزله قبل وجوده صح وعليه الفتوى كما فى القهستانى والى انه بطل تعلق العزل بالشرط (ويتوقف انعزاله) اى انعزال الوكيل على علمه اى علم الوكيل * ثم فرعه بقوله (فتصرفه) اى تصرف الوكيل قبله اى قبل العلم بانعزاله (صحيح) لان فى انعزاله بغير علم اضرارا به اذ ربما يتصرف

٢ قوله اهله ليس بقيد احترازى لانه لافرق بين الوكيل بالانفاق فى البيت والوكيل بالانفاق فى البناء * منه

٣ صورته ان يقول له انى اخاف ان تغيب فوكل وكيلا ان غبت اخاصمه فيقضى لى عليك فوكل وكيلا فانه ح تعلق بهذه الوكالة حق الطالب فلا يملك عزله الابعلمه منه

على انه وكيل فتلحقه العهدة وكذا الوعزل الوكيل نفسه لايجوز بدون علم الموكل *وعند الائمة الثلاثة ينعزل الوكيل بلا علم منه الا فى قول عنهم *ولو جحد الموكل الوكالة فقال لم اوكلك لايكون عزلا الا ان يقول والله لااوكلك بشئ *ويثبت العزل من الوكالة بمشافهة كقوله عزلتك واخرجتك عن الوكالة وبكتابته وارساله رسولا عدلا اوغير عدل حرا اوعبدا صغيرا اوكبيرا اذا قال الرسول الموكل ارسلنى اليك لابلغك عزله اياك عن وكالته *ولو اخبره فضولى بالعزل فلابد من احد شرطى الشهادة اما العدد او العدالة *وفى الدرر قال وكلتك بكذا على انى متى عزلتك فانت وكيلى فانه اذا عزله لم ينعزل بل كان وكيلا له وهذا يسمى وكيلا دوريا واذا اراد ان يعزله بحيث يخرج عن الوكالة يقول فى عزله عزلتك ثم عزلتك فانه ينعزل ولو قال كلما عزلتك فانت وكيلى لايكون معزولا بل كلما عزل كان وكيلا فاذا اراد ان يعزله يقول رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن المنجزة فحينئذ ينعزل لان مالايكون لازما يصلح الرجوع منه والوكالة منه كما فى التبيين * وفى التنوير وكله بقبض الدين ملك عزله ان بغير حضرة المديون وان وكله بحضرته لا الا اذا علم به المديون فلو دفع المديون دينه الى الوكيل قبل علمه بعزله يبرأ (وتبطل الوكالة بموت الموكل) هذا اولى من عبارة الوقاية بموت احدهما لانه قال صاحب الدرر ولما لم يكن لذكر الوكيل ههنا فائدة تركته لكن يمكن ان الوكيل لو مات فحق الرد بالعيب لوارثه اووصيه وان لم يكن فللموكل فى رواية ولوصى القاضى فى اخرى كما فى القهستانى ففيه فائدة (وجنونه) اى جنون الموكل وكذا جنون الوكيل (مطبقا) اى مستوعبا (وحده) اى حد المطبق (شهر عند ابى يوسف) وكذا عند الامام فى قوله وعليه الفتوى كما فى المضمرات (وحول عند محمد) وكذا عند الامام فى قول (وهو المختار) لانه يسقط به جميع العبادات حتى الزكاة فقدر به احتياطا (و) تبطل (بلحاقه) اى لحاق الموكل (بدار الحرب مرتدا) عند الامام لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته *وان قتل اولحق بدار الحرب بطلت الوكالة (خلافا لهما) فان تصرفاته نافذة عندهما الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه حتى يستقر امر اللحاق فلو عاد من دار الحرب مسلما ولم يحكم بلحاقه تعود الوكالة عندهم *وان حكم ثم عاد تعود الوكالة عند محمد خلافا لابى يوسف كما فى القهستانى *وفى المنح ظاهر كلام الكنز وغيره من المتون ان كل وكالة تبطل بموت الموكل وجنونه وليس كذلك بل لابد من استثناء مسائل من هذا الاصل فقال الا اذا وكل الراهن العدل او المرتهن ببيع المرتهن عند حلول الاجل فلا ينعزل بموت الموكل وجنونه كالوكيل بالامر باليد والوكيل ببيع الوفاء وتمامه فيه فليراجع (وكذا) تبطل وكالته (بعجز موكله) حال كون الموكل (مكاتبا) اى اذا وكل مكاتب وكيلا بالبيع مثلا ثم صار رقيقا بعجزه عن اداء بدل الكتابة بطل وكالة وكيله لانه وقع تصرفه فى مال الغير بلا امره (وحجره) اى حجر الموكل حال كونه عبدا (مأذونا) ولا فرق فيه بين العلم وعدمه لانه عزل حكمى فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه موكله* وفى القهستانى وانما فصل بكذا للتنبيه على العامل البعيد لا لما ظن ان فى مابعده لم يشترط علم

الوكيل وفيه اشعار بان المكاتب او المأذون اذا وكل رجلا بالتقاضى او الخصومة لم تبطل وكالته بالعجز او الحجر كما فى النهاية (و) تبطل الوكالة فى حق من لم يوكل صريحا من الشريكين بسبب (افتراق) هذين (الشريكين) عن الشركة اى يثبت عزل الوكيل بافتراقهما ولا يتوقف على علم الوكيل لما مرانه عزل حكمى والعلم شرط للعزل الحقيقى واطلاقه شامل ما اذا افترقا ببطلان الشركة بهلاك المالين او احدهما قبل الشراء فتبطل الوكالة الضمنية وما اذا وكل الشريكان او احدهما وكيلا للتصرف فى المال فلو افترقا انعزل فى حق غير الموكل منهما اذا لم يصرحا بالاذن فى التوكيل وتمامه فى البحر فليطالع (وتصرف) هو بالجراى وكذا تبطل الوكالة بتصرف (الموكل فيما وكل به) تصرفا يعجز الوكيل عن الامتثال به كما اذا وكله باعتاق عبده او كتابته او تزويج امرأة او شراء شئ او طلاق او خلع او بيع عبد فاعتق او كاتب اوزوج او طلق ثلاثا او واحدة او مضت عدتها او خالعها او باع بنفسه فان الموكل لو فعل واحدا منها بنفسه عجز الوكيل عن ذلك الفعل فتبطل الوكالة ضرورة حتى ان الموكل اذا طلقها واحدة والعدة قائمة بقيت الوكالة لامكان تنفيذ ما وكل به ولو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لزوال حاجته بخلاف ما لو تزوجها الوكيل وابانها حيث يكون له ان يزوج الموكل لان الحاجة باقية كما فى الدرر * وفى المنح وتعود الوكالة اذا عاد الى الموكل قديم ملكه * فلو وكله بالبيع فباعه الموكل ثم رد عليه بما هو فسخ فالوكيل على وكالته وان رد بما لا يكون فسخا لا تعود الوكالة كما لو وكله فى هبة شئ ثم وهبه الموكل ثم رجع فى هبته لم يكن للوكيل الهبة ولو وكله بالبيع ثم رهنه الموكل او آجره فسلمه على وكالته فى ظاهر الرواية ولو وكله ان يؤاجر داره ثم آجرها الموكل بنفسه ثم انفسخت الاجارة يعود على وكالته * وفى البزاز وكله ببيع داره ثم بنى فيها فهو رجوع عنها عند الطرفين لا التجصيص * والوصية بمنزلة الوكالة او بقى اثر ملكه كما لو طلق امرأته وهى فى العدة فان تصرف الوكيل غير متعذر بان يوقع الثانى فى العدة وهى اثر ملكه كما تقدم اه * لكن فى قوله او بقى شيئان الاول انه معطوف على قوله عاد وهو ظرف للعود ولا عود فى صورة بقاء الاثر والثانى انه يلزم التكرار بما سبق من قوله وبتصرفه بنفسه كما لو طلق امرأته فهى فى العدة الخ تدبر (ولا يشترط فى الموت وما بعده) من الجنون واللحاق فى دار الحرب والعجز وافتراق الشريكين وتصرف الموكل فيما وكل به (علم الوكيل) لما مر ان العلم شرط للعزل القصدى لا للعزل الحكمى كما فى اكثر المعتبرات * قال يعقوب باشا وههنا كلام وهو ان فى الكافى مسئلة تدل على اشتراط العلم فى العزل الحكمى ايضا وتمامه فيه فليطالع

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة لاجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة هى واحدة الدعاوى بفتح الواو وكسرها وبعضهم قال الفتح اولى وبعضهم الكسر اولى ومنهم من سوى بينهما وفى الكافى يقال ادعى زيد على عمرو مالا فزيد المدعى وعمرو المدعى عليه والمال المدعى والمدعى به خطأ والمصدر الادعاء افتعال من دعا والدعوى على وزن فعلى اسم منه والفها للتأنيث فلا ينون يقال دعوى باطلة او صحيحة

وجمعها دعاوى بفتح الواو لاغير كفتوى وفتاوى والدعوى فى الحرب ان يقول الناس يالفلان اه * ثم اعلم انها مشروعة ٤ بالكتاب والسنة واجماع الامة (هى) اى الدعوى فى اللغة عبارة عن اضافة الشئ الى نفسه حال المسالمة او المنازعة مأخوذ من قولهم ادعى اذا اضاف الشئ الى نفسه بان قال لى * ومنه دعوة الولد وفى الشرع يراد به اضافة الشئ الى نفسه حالة المنازعة لا غير كما فى المبسوط * وقيل هى فى اللغة قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفى الشرع ما اختاره المصنف تبعا للوقاية بقوله (اخبار) عند القاضى او الحكم فانه شرط كما فى الكافى وغيره (بحق) معلوم فانه شرط (له) اى للمخبر (على غيره) اى على غير المخبر الحاضر لما فى التنوير وغيره وشرطها مجلس القاضى وحضور خصم ومعلومية المدعى و ٥ كونها ملزمة وكون المدعى مما يحتمل الثبوت فدعوى ما يستحيل وجوده باطلة اه * فعلى هذا اطلاق المصنف لا يخلو من شئ كما فى القهستانى * الا ان يقال عدم تقييده بالحضور لكون حضور مجلس القاضى مأخوذا فى مفهوم الدعوى وهى مطالبة حق عند من له الخلاص ولئلا يخرج من التعريف بلا تكلف الدعوى الصادرة عن صاحب كتاب القاضى الى القاضى فى مجلس القاضى الكاتب فانه دعوى صحيحة حتى يكتب فى الكتاب غب الاستشهاد بالدعوى الصحيحة الصادرة الخ مع انه اخبار بحق له على غير وليس بحاضر واما عدم تقييده بمجلس القضاء فلانه جعله شرطا وشرط الشئ خارج عن ذلك الشئ تأمل (والمدعى) شرعا (٦ من لا يجبر) اى لا يكره (على) هذه (الخصومة) اى المخاصمة وطلب الحق فلا يشكل بما كان فيه مخاصما من وجه آخر كما اذا قال قضيت الدين بعد الدعوى فانه لا يجبر على هذه الخصومة اذا تركها (والمدعى عليه من يجبر) على هذه الخصومة والجواب لكونه منكرا معنى ولو مدعيا صورة ولذا قال محمد فى الاصل المدعى عليه هو المنكر وهو الصحيح اذ الاعتبار للمعانى فلا يشكل بوصى اليتيم فانه مدعى عليه معنى فيما اذا اجبر القاضى على الخصومة لليتيم كما فى القهستانى * وانما فهما بذلك وعدل عما يقتضى التعريف اشارة الى الاختلاف الشائع فيهما فقيل المدعى من اذا ترك ترك والمدعى عليه خلافه * وهذا حاصل ما ذكر فى هذا المتن * قال ابو المكارم والتعريف المذكور كان تاما صحيحا كما قال فى الهداية * لكنه تعريف له بما هو حكمه اه * وقيل المدعى من لا حجة له عليه والمدعى عليه خلاف هذا * ولذا يقال لمسيلمة الكذاب مدعى النبوة ولا يقال لرسولنا عليه السلام * وقيل المدعى من لا يستحق الا ببينة والمدعى عليه من يكون مستحقا بلا حجة اذ بقوله هو لى يكون له على ما كان ما لم يثبت المدعى استحقاقه * قيل المدعى من يلتمس خلاف الظاهر وهو الامر الحادث والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر كالعدم الاصلى اه اذ لا يعرض على من له اليد حق المدعى بمجرد دعواه كما لا يعرض الوجود على العدم الاصلى فلم يلزم عليه ما قال بعض الفضلاء ومنهم من قال المدعى من يلتمس خلاف الظاهر ولا يلزم ان يكون امرا حادثا والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر ولا يلزم ان يكون عدما اصليا اه لان المراد بالامر الحادث كونه محتاجا الى الدليل فى ظهوره ووجوده وبالعدم الاصلى عدم كونه محتاجا اليه اصلا فالمودع الذى يدعى رد الوديعة

---

٤ اما الكتاب فقوله تعالى فى قصة داود عليه السلام وآتيناه الحكمة وفصل الخطاب روى عن على فى تفسير فصل الخطاب انه البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه * وهذا وان كان شريعة من قبلنا يلزمنا على ان شريعة رسولنا ما لم يرد به النسخ * واما السنة فالحديث المشهور وهو البينة للمدعى واليمين على من انكر واما الاجماع فظاهر * منه

٥ قوله كونها ملزمة اى يلزمه شيأ على الخصم بعد ثبوتها والا كان عبثا لا يقدم عليه * منه

٦ ولم يقل المدعى هو المخبر بحق له على غيره لظهوره من تفسير الدعوى * منه

الى المودع لا يكون مدعيا حقيقة * وكذا لا يكون المودع باذكاره الرد منكرا حقيقة لانه بانكاره
يدعى شغل ذمة المودع معنى * وكذا المودع بادعائه الرد ينكر الشغل معنى ليفرغ ذمته من الضمان
فيجبر على الخصومة فيما انكره معنى من الضمان لكونه مدعى عليه فيصدق قوله مع اليمين اذ
الاعتبار للمعانى دون الصور كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ (ولا تصح الدعوى الابذكر شئ)
اى قول دين او عين (علم جنسه) اى جنس ذلك الدين كالدراهم والدنانير والحنطة وغيرها
(وقدره) مثل كذا وكذا درهما او دينارا او كرا * قيل لابد ايضا من ذكر وصفه بانه جيد
اوردى فى دعوى الدين اذ هو يعرف به لان الزام الخصم بالمجهول عند قيام البرهان متعذر
وكذا الشهادة والقضاء غير ممكن بخلاف العين كما سيجئ وفيه اشارة الى انه لو كتب صورة
الدعوى بلا عجز عن تقريرها لم تسمع كما فى القهستانى فان عجز عن الدعوى عن ظهر القلب
فكتب فتسمع كما فى الخزانة (فان كان) المدعى (دينا) اى حقا فى الذمة (ذكر) المدعى (انه
يطالبه به) اى ان المدعى يطالب المدعى عليه بالدين لان فائدة الدعوى اجبار القاضى المدعى
عليه على ايفاء حق المدعى وليس للقاضى ذلك الا اذا طالبه به فامتنع (وان كان) المدعى (عينا
نقليا) اى منقولا (ذكر) المدعى (انها) اى العين (فى يد المدعى عليه بغير حق) دفعا لاحتمال
ان يكون مرهونا او محبوسا بالثمن فى يده * قال صدر الشريعة هذه العلة تشمل العقار ايضا فلا
ادرى ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم وفى حاشية يعقوب باشا جواب عن طرف
صاحب الدرر واعتراض عليه * فليطالع (وانه) اى المدعى (يطالبه) اى المدعى عليه (بها)
اى بالعين (ولا بد من احضارها) اى يكلف احضار العين المنقولة (ان امكن) الاحضار
(ليشار اليها) اى الى العين (عند الدعوى وعند الشهادة او الحلف) لان الاعلام باقصى ما
يمكن شرط وذلك بالاشارة فى المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ فى التعريف حتى قالوا
فى المنقولات التى تعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر الحاكم عندها او بعث امينا كما فى البحر وغيره *
لكن على رواية والا فقوله وان تعذر يذكر قيمتها يغنى عنه تدبر وفى المجتبى معزيا الى الاسبيجابى
فى مسئلة الشاهدين اذا شهدا على سرقة بقرة واختلفا فى لونها تقبل الشهادة خلافا لهما
ثم قال وهذه المسئلة تدل على ان احضار المنقول ليس بشرط لصحة الدعوى اذ لو شرط
لاحضرت ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة فى لونها ثم قال وهذه المسئلة الناس عنها غافلون
لكن ليس فى ذلك دليل على ما ذكر لانها اذا كانت غائبة لا يشترط احضارها والقيمة كافية
كما فى البحر (وان تعذر) اى تعذر احضار المنقولات بان كانت هالكة او غائبة (يذكر قيمتها)
ليصير المدعى معلوما بها لان الغائب لا يعرف الا بالوصف والقيمة قال ابو الليث يشترط مع
بيان القيمة ذكر الذكورة او الانوثة فى الدابة هذا اذا ادعى العين * اما اذا ادعى قيمة شئ
مستهلك فلا بد من بيان جنسه ونوعه * واختلفوا فى بيان الذكورة والانوثة فى الدابة * قال
العمادى ادعى اعيانا مختلفة الجنس والنوع والصفة وذكر قيمة الكل ولم يذكر قيمة عين على
حدة اختلف المشايخ فيه بعضهم شرط التفصيل وبعضهم اكتفى بالاجمال وهو الصحيح لانه

(لو)

لو قال غصب مني عينا كذا ولا ادري انه هالك او قائم ولا ادري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب انه ٧ تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به كما في الكافي فان عجز عن ردها كان القول في مقدار القيمة قول الغاصب فلما صح دعوى الغصب من غير بيان القيمة فلا يصح اذا بين قيمة الكل جملة كان اولى * وفي التبيين فاذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود ايضا بل اولى * وقيل يشترط ذكر القيمة اذا كانت الدعوى سرقة ليعلم ان السرقة كانت نصابا فاما فيما سوى ذلك فلا يشترط كما في الجامع وفي التنوير وفي دعوى الايداع لا بد من بيان مكانه سواء كان له حمل اولا وفي الغصب ان كان له حمل ومؤنة فلا بد من بيان موضع الغصب والا لا وفي دعوى المثليات لا بد من ذكر الجنس والنوع والصفة والقدر وسبب الوجود (وفي العقار لا يحتاج الى قوله بغير حق) كما يحتاج اليه في المنقول * ولكن يذكر ان العقار في يده لان المدعى عليه لا يكون خصما الا اذا كان العقار في يده فلا بد من اثباته * لكن سؤال صدر الشريعة باق على ما قاله يعقوب باشا في حاشيته ويؤيد ما في القهستاني من قوله ويزيده في العقار ايضا عند بعض المشايخ كما في قاضيخان والخزانة وهو المختار عند كثير اه لكن اختلف المشايخ في الفتوى كما سيأتي تتبع (ولا تثبت اليد) اي يد المدعى عليه (فيه) اي في العقار (بتصادقهما) اي لا تثبت بتصادق المدعي والمدعى عليه على انه في يده (بل) تثبت اليد فيه (ببينة) بان يشهد الشهود انهم عاينوا في ما يده حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم تقبل (او علم القاضي) انه في يده لاحتمال كون العقار في يد غيرهما وقد تواضعا على ذلك * بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة فلا حاجة الى البينة ولا الى العلم بل تثبت بتصادقهما (في الصحيح) احتراز عما قيل ان اليد تصح بالاقرار فلا حاجة الى البينة ولا الى العلم * وفي البحر شهدوا انه ملكه ولم يقولوا في يده بغير حق يفتي بالقبول * قال الحلواني اختلف فيه المشايخ والصحيح انه لا تقبل لانه ان لم يثبت انه في يده بغير حق لا يمكنه المطالبة بالتسليم وبه كان يفتي اكثر المشايخ * وقيل يقضى في المنقول لا في العقار حتى يقولوا انه في يده بغير حق فالصحيح الذي عليه الفتوى انه تقبل في حق القضاء بالملك لا في حق المطالبة بالتسليم وتمامه فيه فليراجع * وفي المنح وليس ما ذكر من اشتراط ثبوت اليد في العقار بالبينة او العلم مطلقا في جميع الصور بل اذا ادعى المدعي ملكا مطلقا في العقار * اما دعوى الغصب والشراء فلا يشترط ثبوت اليد (ولا بد فيه) اي في العقار (من ذكر البلد والمحلة) وفي الفصولين في دعوى العقار لا بد ان يذكر بلدة فيها العقار ثم المحلة ثم السكة اختيارا لقول محمد فان مذهبه ان يبدأ بالاعم ثم بالاخص * وقيل يبدأ بالاخص ثم بالاعم (و) لا بد من ذكر (الحدود الاربعة في الدعوى والشهادة واسماء اصحابها) اي اصحاب الحدود (ونسبهم الى الجد) ليتميزوا عن غيرهم لان تمام التعريف يحصل به في الصحيح من مذهب الامام * هذا اذا لم يكن مشهورا (وفي الرجل المشهور يكتفي بذكره) لحصول المقصود به (فان ذكر ثلاثة وترك الرابع صح) وقال زفر لا لان التعريف لم يتم * ولنا ان للاكثر حكم الكل على ان الطول يعرف بذكر الحدين والعرض باحدهما وقد يكون بثلاثة روي

---

٧ وفي الدرر اقول فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجيه اليمين على الخصم اذا انكر والجبر على البيان اذا اقر او نكل عن اليمين فليتأمل * منه

٨ والفرق ان دعوى الفعل كما تصح على ذي اليد تصح على غيره ايضا فانه يدعي عليه التمليك والتملك هو كما يتحقق من ذي اليد يتحقق من غيره ايضا فعدم ثبوت اليد بالاقرار لا يمنع صحة الدعوى اما دعوى الملك المطلق فدعوى ترك التعرض بازالة اليد وطلب ازالتها لا يتصور الا من صاحب اليد وباقراره لا يثبت كونه ذي اليد لاحتمال المواضعة * منه

عن ابی یوسف یکفی الاثنان *وقیل الواحد (وان ذکره) ای الحد الرابع (وغلط فیه) ای فی الحد الرابع (لا) یصح لانه یختلف المدعی * ولا کذلک بترکه * وفی المنح وانما یثبت الغلط باقرار الشاهد انی غلطت فیه * اما لو ادعاه المدعی علیه لا تسمع ولا تقبل بینته وتمامه فیه * فلیطالع (و اذا صحت) ای اذا جازت وقامت دعوی المدعی برعایة ماسبق (سأل القاضی الخصم) ای المدعی علیه (عنها) ای عن دعواه لیتضح وجه حکمه لان القضاء بالبینة یخالف القضاء بالاقرار ومعنی سؤاله ان یقول خصمک ادعی علیک کذا وکذا فماذا تقول (فان اقر) ای الخصم (حکم علیه) ای علی الخصم ای یحکم القاضی بالخروج عن موجب ما اقر به لان الاقرار حجة بنفسه فلا یتوقف فی صدقه علی الحکم من القاضی * ولذا قال فی الاصلاح فان اقر فیها ولم یقل حکم (وان انکر) الخصم انکارا صریحا او غیر صریح کما اذا قال لا اقر ولا انکر فانه انکار عندهم * وماروی انه اقرار غیر ظاهر فیحبس حتی یقر فغلط کما فی القهستانی * لکن قال السرخسی وعند ابی یوسف یحبس الی ان یجیب * وفی البحر والفتوی علی قول ابی یوسف فیما یتعلق بالقضاء کما فی القنیة والبزازیة * فلذا افتیت بانه یحبس الی ان یجیب وتمامه فیه فلیراجع (سأل) القاضی (المدعی البینة) فی دعواه (فان اقامها) ای ان اقام المدعی البینة یحکم القاضی علی خصمه لانه نور دعواه بالبینة * فهی فیعلة من البیان او البین اذ بها یظهر الحق من الباطل ویفصل بینهما (والا) ای وان لم یقمها بل عجز عن اقامتها (حلف) ای حلف القاضی (الخصم) وهو المدعی علیه (ان طلب خصمه) ای طلب المدعی تحلیف المدعی علیه لانه علیه السلام قال للمدعی الک بینة فقال لا وقال فلک یمینه فقال یحلف ولا یبالی فقال علیه السلام لیس لک الا هذا شاهداک او یمینه فصار الیمین حقا لاضافته الیه بلام التملیک * قید بتحلیف القاضی لان المدعی علیه لو حلف بطلب المدعی یمینه بین یدی القاضی من غیر استحلاف القاضی فهذا لیس بتحلیف لان التحلیف حق القاضی * فلو برهن علیه تقبل والا یحلف ثانیا عند القاضی * فلا یحلف قبل طلبه عند الطرفین فی جمیع الدعاوی * وکذا عند ابی یوسف الا فی مسائل فی الرد بالعیب یحلف المشتری بالله ما رضیت بالعیب والشفیع بالله ما ابطلت شفعتک والمرأة اذا طلبت فرض النفقة علی زوجها الغائب تحلف بالله ما خلف لک زوجک شیأ ولا اعطاک النفقة والمستحق یحلف بالله ما بعت * واجمعوا علی ان من ادعی دینا علی المیت یحلفه القاضی بلا ٩ طلب الوصی والوارث (فان حلف) المدعی علیه (انقطعت الخصومة حتی تقوم البینة) ای اذا حلف المدعی علیه فالمدعی علی دعواه و لا یبطل حقه بیمینه الا انه لیس له ان یخاصمه ما لم یقم البینة علی وفق دعواه * فان اقامها بعد الحلف تقبل * قال علیه السلام الیمین الفاجرة احق ان ترد بالبینة العادلة ولان طلب الیمین لا یدل علی عدم البینة لاحتمال انها غائبة او حاضرة فی البلد ولم تحضر ولان الیمین بدل البینة فاذا قدر علی الاصل بطل حکم الخلف * فلا عبرة لما قاله بعض الفقهاء من ان البینة لا تسمع بعد الیمین کما فی الدرر وغیره (وان نکل) عن الیمین (مرة) ای قال لا احلف (او سکت بلا آفة) من خرس او طرش او غیره فان السکوت بلا آفة نکول حکما هو الصحیح کما فی السراج (فقضی) ای قضی

٩ وکیفیة تحلیف القاضی بلا طلب الوصی الوارث بالله ما استوفیت من المدیون ولا من احد اداءالیک ولا قبضه لک قابض بامرک ولا ابرأته منه ولا شیئا منه ولا احلت بشیء من ذلک احدا ولا عندک به ولا بشیء منه رهن * منه

القاضى له عليه بالمال (بالنكول) اى بسبب الامتناع عنه (صح) ذلك القضاء لان النكول دل على كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب دفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب على جانب التورع فى نكوله (وعرض اليمين) عليه (ثلاثا) بان يقول له فى كل مرة انى اعرض عليك اليمين فان حلفت والاقضيت عليك بما ادعاه (ثم القضاء) على تقدير نكوله (احوط) لما فيه من المبالغة فى الانظار ولا عبرة بعد القضاء بقوله احلف لانه ابطل حقه بالنكول فلا ينقض به القضاء ويعتبر قوله احلف قبيل الحكم ولو بعد العرض ثلاثا وفيه اشعار بانه لابد ان يكون النكول فى مجلس القضاء واتصل القضاء به وبدونه لايوجب شيأ كما فى التبيين* وفى المجتبى يشترط ان يكون القضاء على فور النكول عند بعض المشايخ* وقال الخصاف لايشترط حتى لو استمهله بعد العرض يوما او يومين او ثلاثة فلا بأس به وهو قول الائمة الثلاثة* وفى المنح ولم ار فيه ترجيحا وفى البحر واما المذهب فانه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة واحدة وهو الصحيح والاول اولى اه (ولاترد يمين على مدع) اذا نكل المدعى عليه عن اليمين وعند الائمة الثلاثة ترد عليه عند نكوله فان حلف قضى له والالا ولا يقضى بشاهد ويمين وقال الشافعى لو اقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن الآخر ترد اليمين على المدعى فان حلف قضى له والالا لان النبى قضى بشاهد ويمين* ولنا قوله عليه السلام البينة للمدعى واليمين على من انكر وهذا الحديث مشهور كائن كالمتواتر* وحديث الشاهد واليمين غريب ضعفه الطحاوى واول من قضى به معاوية رضى الله تعالى عنه ولم يقع العمل به الى زمانه لعدم الحاجة اليه حتى لو قضى القاضى به لاينفذ (ولايحلف فى نكاح) اى نفس النكاح او الرضى به او الامر به فلو ادعى احد من الزوجين بلا بينة نكاحا على الآخر وهو منكره (ورجعة) بان يدعى احد الزوجين بعد العدة على الآخر انه راجعها فى العدة والآخر ينكرها* فان ادعى الرجعة فى العدة يثبت بقوله فى الحال كما فى القهستانى (وفئ وايلاء) كما فى نسخة المصنف لكن الاولى كما فى سائر المتون وفئ ايلاء بدون الواو اى فى الرجوع فى مدة الايلاء بان يدعى احدهما على الآخر بعد مدة الايلاء انه فاء ورجع اليها فى مدته والآخر منكر وفى القهستانى فان اختلفا قبل المدة يثبت الفئ بقوله (واستيلاد) اى طلب ولد بان يدعى احد من الامة والمولى او الزوجة والزوج انها ولدت منه ولدا حيا او ميتا كما فى قاضيخان* لكن فى المشاهير ان دعوى الزوج والمولى لم يتصور لان النسب ثبت باقراره ولا عبرة لانكارها بعده* ويمكن ان يقال انه بحسب الظاهر لم يدع النسب كما دل عليه تصويرهم كما فى القهستانى (ورق) بان ادعى رجل على مجهول الحال انه رقه او ادعى المجهول انه سيده وانكر الآخر (ونسب) بان ادعى ان هذا ولده او والده او هو يدعى عليه والآخر ينكر (وولاء) سواء كان ولاء العتاقة او ولاء الموالاة بان يدعى احد من المعروف والمجهول على الآخر انه معتقه او مولاه فلا يحلف عند الامام فى هذه الامور لان المقصود من الاستحلاف القضاء بالنكول والنكول جعله بذلا واباحة صيانة عن الكذب الحرام والبذل لايجرى فى هذه الامور (و

عندهما) وهو قول الائمة الثلاثة (يحلف لان النكول اقرار والظاهر انه يحلف على تقدير صدقه

فاذا امتنع عنه ظهر انه غير صادق فى انكاره اذلو كان صادقا لاقدم عليه* ولما كان النكول اقرارا فالاقرار يجرى فى هذه الاشياء فيستحلف على صورة انكار المنكر لا على دعوى المدعى حتى ان نكل يقضى بالنكول (وبه) اى بقول الامامين (يفتى) كما فى قاضيخان * وهو اختيار فخر الاسلام على البزدوى معللا بعموم البلوى* وفى النهاية قال المتأخرون ان المدعى اذا كان متعنتا يأخذ القاضى بقولهما وان مظلوما بقوله (ولا) يستحلف (فى حد) اتفاقا هو خالص حق الله تعالى كحد الزنى والشرب والسرقة او مغلب حقه تعالى كحد القذف فان حق العبد فيه مغلوب فلو ادعى احد على احد قذفه بالزنى فانكره لم يحلف الا اذا تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنى وقال ان زنيت فانت حر فادعى العبد انه قد زنى ولا بينة عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل يثبت العتق دون الزنى ذكره الزيلعى وصححه الحلوانى خلافا للسرخسى (و) لا فى (لعان) ايضا بالاتفاق اذا ادعت المرأة على زوجها انه قذفها قذفا يوجب اللعان وانكر الزوج لان اللعان قائم مقام حد الزنى فى جانب الزوج فلا يثبت بالنكول الذى هو اقرار مع شبهة (و السارق يحلف) بالاتفاق عند ارادة اخذ المال ويقول فيه بالله ماله عليك هذا المال* وعن محمد ان القاضى يقول للمدعى ماذا تريد فان قال اريد القطع يقول فى جوابه ان الحدود لا يستحلف فيها وان قال اريد المال يقول له دع دعوى السرقة وادع المال (فان نكل) عن الحلف (ضمن) المال (ولا يقطع) لان النكول اقرار مع شبهة فيعمل فى الضمان دون القطع كما اذا شهد رجل وامرأتان على السرقة والمال تقبل فى المال دون القطع (ويحلف) الزوج (ان ادعت) الزوجة (طلاقا) بلا بينة لها عليه (قبل الدخول اجماعا) لان مقصودها المال والاستحلاف يجرى فى المال بالاجماع (فان نكل ضمن) الزوج (نصف المهر) وانما وضع المسئلة فى الطلاق قبل الدخول لانه لو اطلق ينصرف الى الطلاق الذى يلزم منه المهر تاما ويبقى امر الطلاق الذى يلزم منه نصف المهر مستورا فكشفه اولى مع ان لزوم الحلف فى الطلاق بعد الدخول بطريق الاولى فانه اذا استحلفه قبل تأكد المهر فبعده اولى (وكذا) يحلف (فى النكاح ان ادعت) المرأة (مهرها) وانكر الزوج فلو نكل يلزم المهر ولا يثبت النكاح عند الامام بخلاف الطلاق* وكذا اذا ادعت النفقة بالنكاح يستحلف فان نكل يلزم النفقة دون النكاح وفى النسب اى يحلف فى دعوى النسب (ان ادعى حقا كارث ونفقة) بان ادعى رجل على رجل انه اخوه مات ابوهما وترك مالا فى يد المدعى عليه او طلب من القاضى فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب بالاجماع فان حلف برئ وان نكل قضى بالمال والنفقة لا النسب ان كان النسب نسبا لا يصح الاقرار به وان كان نسبا يصح الاقرار به فعلى الخلاف (وغيرهما) كالحجر بان كان صبى فى يد رجل التقطه وهو لا يعبر عن نفسه فادعت امرأة حرة الاصل انه اخوها تريد قصر يد الملتقط لما لها من حق الحضانة وارادت استحلافه فنكل ثبت لها حق نقل الصبى الى حجرها ولا يثبت النسب* وكذا العتق بسبب الملك بان ادعى عبد على مولاه انه عتق لانه اخوه او اراد الواهب الرجوع فى الهبة فقال الموهوب له انا اخوك فان المدعى

عليه يستحلف على مايدعى بالاجماع (وفى القصاص) اى يحلف جاحد القود فى النفس والاطراف بالاتفاق (فان نكل فى) دعوى (النفس) لم يقتص منه بل (حبس حتى يقر) فيقتص منه (او يحلف) فيطلق عن الحبس والايحبس ابدا (و) ان نكل (فيمادونها) اى النفس (يقتص) منه * وهذا عند الامام لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال ولهذا ابيح قطعها للحاجة ولم يجب على القاطع الضمان اذا قطعها بامر صاحبها بخلاف النفس فانه لو قتله بامره يجب عليه القصاص فى رواية والدية فى اخرى *واذا سلك بالاطراف مسلك الاموال يجرى فيه البذل كما يجرى فى الاموال كما فى اكثر المعتبرات * وماقاله ابو المكارم من انه يتوجه عليه حينئذ لزوم قطع يد السارق بالنكول وقدمر انه لايقطع ليس بوارد لان قود الطرف حق العبد فيثبت بالشبهة كالاموال بخلاف القطع فى السرقة فانه خالص حق الله وهو لايثبت بالشبهة فظهر الفرق بينهما* تدبر (وعندهما يضمن الارش فيهما) اى فى صورتى دعوى النفس والاطراف لان النكول اقرار عندهما * لكن فيه شبهة البذل فيمتنع فى الطرف بما فيه شبهة القصاص كما فى النفس فيجب المال فيهما لتعذر القصاص خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطأ والولى يدعى العمد * وعند الائمة الثلاثة يقتضى فيهما بعد حلف المدعى على انه صادق فى دعواه بناء على مامر من اصلهم (فان قال المدعى لى بينة حاضرة) فى المصر (وطلب يمين خصمه لايحلف) عند الامام وهو الصحيح كما فى المضمرات وغيره* وقال ابو يوسف يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه يجيبه* وللامام ان ثبوت اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة بمارويناه فلايكون حقه دونه* ومحمد مع ابى يوسف فيماذكره الخصاف ومع الامام فيماذكره الطحاوى كما فى اكثر المعتبرات* فعلى هذا ينبغى للمصنف ان يذكر الخلاف تدبر *قيدنا بالمصر لانها لو كانت فى مجلس الحكم لايحلف بالاتفاق وان كانت خارج المصر يحلف بالاتفاق* وفى المجتبى وقدرت الغيبة بمسيرة السفر وفى المنح وحضورها فى المصر وهو محل الاختلاف وظاهر مافى الخزانة المفتين خلافه فانه قال الاستحلاف يجرى فى الدعاوى الصحيحة اذا انكر المدعى عليه ويقول المدعى لاشهود لى اوشهودى غيب اومرضى وفى البحر ادعى المديون الايصال فانكر المدعى ولابينة له فطلب يمينه فقال المدعى اجعل حقى فى الختم ثم استحلفنى فله ذلك فى زماننا (ويكفل) من التكفيل (بنفسه) اى يؤخذ من المدعى عليه كفيل بنفسه كيلايغيب فيضيع حقه استحسانا * والقياس ان لايكفل قبل اقامة البينة وهو مذهب الشافعى *ويجب ان يكون الكفيل معروفا ثقة ولايتوهم اختفاؤه بان يكون له دار وحانوت ملكاله وله ان يطالب وكيلا بالخصومة حتى لوغاب الاصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضى عليه وصح ان يكون وكيلا وكفيلا فان اعطاه فله ان يطالبه بالكفيل بنفس الوكيل وان كان المدعى منقولا فله ان يطالبه مع ذلك كفيلا بالعين ليحضرها ولايغيبه المدعى عليه وان كان عقاراً لايحتاج الى ذلك * وفيه اشارة الى ان القاضى يكفله ولولم يطلبه المدعى * وهذا اذا كان المدعى جاهلا بالخصومة* واما اذا كان عالما فلا يكفله القاضى بلاطلبه

(ثلاثة ايام) هذا مروى عن الامام وهو الصحيح كما فى الكافى وغيره * وصحح فى الخانية انه الى جلوس القاضى مجلسا آخر * وقيل يفوض الى رأى القاضى وهو الاشبه برأى الامام * ولا فرق فى الظاهر بين الوجيه والحقير * وكذا بين القليل من المال والكثير * وعن محمد ان الخصم ان كان بحيث لا يخفى نفسه بهذا القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل * قيد بقوله لى بينة حاضرة للتكفيل ومعناه فى المصر حتى لو قال المدعى لا بينة لى او شهودى غيب لا يكفل اذ لا فائدة فيه بل يحلف فاذا حضر بعدما حلف تقبل بينة المدعى * وكذا لو قال المدعى لا بينة لى وطلب يمين خصمه فحلفه القاضى فقال لى بينة فان القاضى يقبل ذلك منه * وقيل لا تقبل * وفى البحر ادعى القاتل ان له بينة حاضرة على العفو اجل ثلاثة ايام فان مضت ولم يأت بالبينة وقال لى بينة غائبة يقضى بالقصاص قياسا كالاموال وفى الاستحسان يؤجل استعظاما لامر الدم (فان ابى) عن اعطاء الكفيل (لازمه) مقدار مدة التكفيل (ودار معه) اى مع الغريم (حيث دار) تفسير الملازمة * وفى البحر نقلا عن الصغرى رأيت فى ١١ زيادات بعض المشايخ ان الطالب لو امر غيره بملازمة مديونه فللمديون ان لا يرضى عند ابى حنيفة خلافا لهما * وجعله فرع المسئلة التوكيل بغير رضى الخصم * لكن لا يحبسه فى موضع لان ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى ولا يشغله من التصرف بل هو يتصرف والمدعى يدور معه واذا انتهى المطلوب الى داره فان الطالب لا يمنعه من الدخول الى اهله بل يدخل المطلوب الى اهله والملازم على باب داره (وان كان) المطلوب (غريبا يكفل او يلازم قدر مجلس القاضى) الى ان يقوم من مجلسه لان فى اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرار به بمنعه عن السفر ولا ضرر فى هذا المقدار ظاهرا فان برهن فى المجلس فبها والا يحلفه ان شاء او يدعه (واليمين بالله تعالى لا بطلاق وعتاق) لقوله عليه الصلاة والسلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر (وقيل ان الح الخصم ١٢ صح) اليمين (بهما) اى بالطلاق والعتاق (فى زماننا) لقلة المبالاة باليمين بالله كما فى الهداية * لكن لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهى عنه شرعا حتى لو قضى لا ينفذ * وانما اتى بصيغة التمريض لان اكثر مشايخنا لم يجوزه * وفى البحر الفتوى على عدم التحليف بالطلاق والعتاق وهو ظاهر الرواية * وفى الخانية ومنهم من جوزه فى زماننا والصحيح ما فى ظاهر الرواية اه (وتغلظ) اليمين (بذكر صفاته تعالى) اى صفات الله تعالى مثل قوله والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولا شئ منه (ان شاء القاضى) لان احوال الناس شتى فمنهم من يمتنع من اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك * والاختيار فى صفة التغليظ الى القاضى يزيد فيه ما شاء وينقص ما شاء الا انه يحتاط (ويحترز من التكرار) اى يحترز عن عطف بعض الاسماء على البعض والا لتعدد اليمين * ولو امره بالعطف فاتى بواحدة ونكل عن الباقى لا يقضى عليه بالنكول لان المستحق يمين واحدة وقد اتى بها ولو لم تغلظ جاز * وقيل لا تغلظ على المعروف بالصلاح * وقيل تغلظ فى الخطير من المال دون

(الحقير)

١١ وفى الزيادات ان المطلوب اذا اراد ان يدخل بيته فاما ان يأذن المدعى فى الدخول معه او يجلس معه على باب الدار لانه لو تركه حتى يدخل الدار وحده فربما يهرب من جانب آخر فيفوت ما هو المقصود منها ولو كان المدعى عليه امرأة فان الطالب لا يلازمها بنفسه بل يستأجر امرأة فتلازمها * منه

١٢ ويرد عليه ان التكليف بما هو منهى عنه شرعا غير جائز بل هو حرام الا ان يقال النهى تنزيهى كما قاله المولى سعدى * لكن قال بعض الفضلاء لا يصح تكليف اليمين بما هو منهى عنه شرعا ولو نهى تنزيه * وغاية ما يقال التكليف للاقرار بحق الخصم لا لايقاع اليمين فيكون جائزا * والاولى ان يقول لان اليمين فى قوله عليه السلام على من انكر يشمل التعليقات لانها ليست بيمين لغة * منه

الحقير (لا) تغلظ (بزمان) على المسلم بان يستحلف فى اول الجمعة او آخرها او ليلة القدر لان فيه تأخير المدعى (او مكان) بان يستحلف مسجد الجامع ۱۳ عند المنبر لان المراد هو اليمين بالله تعالى والزيادة عليها زائدة على النص* وفى الحاوى القدسى ولا يستحب تغليظ اليمين بهما اه* وظاهره انه مباح لانه نفى الاستحباب وهو لا يستلزم نفى الاباحة بخلاف العكس* لكن قال الزيلعى فلا يشرع تدبر* وعند الائمة الثلاثة يجوز ان تغلظ بهما ايضا ان كانت اليمين فى قسامة ولعان ومال عظيم (ويحلف اليهودى بالله الذى انزل التوراة على موسى عليه السلام و) يحلف (النصرانى بالله الذى انزل الانجيل على عيسى عليه السلام) فتؤكد اليمين بذكر المنزل على نبيهما (و) يحلف (المجوسى بالله الذى خلق النار) لانهم يعظمون النار تعظيم العبادة فتؤكد بما يعتقدونه ليفيد فائدة اليمين* وقيل ان المجوسى حلف بالله لا غير كالا يستحلف بالله الذى خلق الشمس لان ذكر النار مع الله يشعر تعظيمها وما ينبغى ان يعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله معظمة * وعن الامام انه لا يستحلف احداً الا بالله خالصا (و) يحلف (الوثنى بالله) فحسب اذ يقر بالله انه خالقه لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله* قال الله ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله كذا قالوا *وفى المنح وغيره ويشكل عليه ان الدهرية منهم لا يعتقدونه ولا دلالة فى الآية على ماذكر لان الوثنى يعبد غير الله ويعتقد ان الله خالقه اه* لكن يمكن ان الدهرى هو من يقول بقدم الدهر وباسناد الحوادث اليه ويقولون ان مبدأ الممكنات هو الله كما قيل فلم يلزم عدم اعتقاد الله وعدم دلالة النص ولان الدهرى يعتقدون الدهر القديم هو الله فلم يلزم عدم اعتقادهم تأمل (ولا يحلفون) اى الكفار (فى معابدهم) لان فيه تعظيمها والقاضى ممنوع عن ان يحضرها وكذا امينه لانها مجمع الشياطين لانه ليس له حق الدخول* وفى البحر وقد افتيت بتعزير مسلم لازم الكنيسة مع اليهود ۱٤ (ويحلف) المدعى عليه (على الحاصل) هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل والسبب* والضابط فى ذلك ان السبب اما ان كان مما يرتفع برافع او لا فان كان الثانى فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعى بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند الطرفين وعلى السبب عند ابى يوسف كما سيأتى* ثم شرع فى تفصيله فقال (ففى البيع والنكاح) يحلف (بالله ما بينكما بيع قائم) فى الحال اذا ادعى انه اشتراه (او نكاح قائم فى الحال) اذا ادعت النفقة فلو ادعت النكاح كان المثال على مذهبهما فى التحليف * واما عند الامام لا يحلف كما مر (وفى الطلاق) بالله (ماهى بائن منك الآن) اذا ادعت الطلاق البائن* فلو ادعت رجعيا حلف على السبب لكنه خلاف الظاهر فانه يحلف على الحاصل فى الظاهر* وفيه اشعار بان سبب الحاصل كما يتحقق فى ضمن فعل العقد يتحقق فى ضمن فعل آخر من الافعال الحسية كما فى القهستانى (وفى الغصب) بالله (ما يجب عليك رده) اى رد المغصوب (وفى الوديعة) بالله (ماله هذا الذى ادعاه فى يدك وديعة ولا شئ منه) اى من الذى فى يدك (ولا له قبلك حق) وفى الاختيار ويحلفه فى الدين بالله ماله عليك من الدين والقرض قليل ولا كثير لاحتمال انه ادى البعض او ابرأه منه فلا يحنث فى يمينه على

---

۱۳ ومن الناس من قال لو كان بيت المقدس يستحلف عند الصخرة وفى مكة يستحلف بين الركن والمقام وفى المدينة يستحلف بين الروضة والمنبر وفى غيرها يستحلف بعد العصر يوم الجمعة * منه

۱٤ والمدعى عليه اذا كان اخرس وطلب المدعى يمينه فانه يحلفه وصورة التحليف ان يقول له القاضى عليك عهد الله وميثاقه ان كان كذا فان اومى رأسه بنعم يصير حالفا ولا يقول القاضى بالله ان كان كذا لانه لو اشار برأسه بنعم فى هذا الوجه يصير مقراً بالله ولا يكون حالفا * منه

الجميع (لا) يحلف (على السبب نحو) ان يقول في البيع (بالله مابعته) لاحتمال انه باع ثم اقال * ولا يحلف في النكاح بالله ما نكحت لاحتمال انه نكحها ثم خالعها او ابانها * ولا يحلف في الطلاق بالله ما طلقتها لاحتمال انه طلقها ثم نكحها * ولا يحلف في الغصب بالله ما غصبته لاحتمال انه غصب ثم سلم او ملك بالهبة او بالبيع * ولا يحلف في الوديعة بالله ما اودعتك هذا لاحتمال انه اودعه ثم رده او هلك في يده بغير صنعه * وفي هذه الصور لا يحلف عند الطرفين على السبب فلو حلف يتضرر المدعى عليه لانه لو حلف مثلا على نفي البيع يكون كاذبا ولو لم يحلف يجب عليه تسليم المبيع العائد الى ملكه بالاقالة * وهكذا في البواقي (خلافا لابي يوسف) فان عنده يحلف على السبب في جميع ذلك لان اليمين تستوفى لحق المدعي فوجب ان يكون اليمين موافقة لدعواه والمدعى هو السبب الا عند تعريض المدعى عليه بان قال للقاضي لا تحلفني فان الانسان قد يبيع شيأ ثم يقيله فحينئذ يحلف القاضي على الحاصل قيل ينظر الى انكار المدعى عليه فان انكر السبب يحلف على السبب وان انكر الحكم يحلف على الحاصل وعليه اكثر القضاة وقال فخر الاسلام يفوض الى رأى الحاكم كما في الكافي وغيره (فان كان) والانسب بالواو (في الحلف على الحاصل ترك النظر للمدعي حلف على السبب اجماعا) رعاية لجانبه (كدعوى الشفعة بالجوار ونفقة المبتوتة والخصم لا يراهما) اى لا يرى الشفعة بالجوار ونفقة المبتوتة بان كان ١٥ شافعيا فانه يحلف على السبب بالله ما اشتريت هذه الدار وما هي معتدة منك اذ لو حلف على الحاصل بالله لا تجب الشفعة عليك وبالله لا تجب عليك النفقة يصدق في يمينه في اعتقاده فيفوت النظر في حق المدعي * لا يقال ان المدعى عليه قد يتضرر ببطلان الشفعة بتأخير الطلب لانه لا بد للقاضي من الاضرار باحدهما والاولى بالضرر المدعى عليه لانه متمسك بعارض السقوط والمدعي بالاصل حيث اثبت حقه بالسبب الموجب له من الشراء فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض (وكذا) يحلف على السبب اجماعا (في سبب لا يرتفع) برافع بعد ثبوته (كعبد مسلم يدعى العتق) اى العتق الواقع في اسلامه على مولاه وهو ينكره فيحلف على السبب بالله ما اعتقه ليوافق اليمين الدعوى وليس فيه ضرر المدعى عليه اذ لا يتصور عوده الى الرق لانه اذا ارتد يقتل والهرب الى دار الحرب نادر الا انه رواية عن ابي يوسف * وفي الاختيار ومن الافعال الحسية ان يدعى على غيره انه وضع على حائطه خشبة او بنى عليه او اجرى ميزابا على سطحه او في داره او رمى ترابا في ارضه او شق في ارضه نهرا فانه يحلف على السبب بالله ما فعلت كذا لان هذه الاشياء لا ترفع (بخلاف) العبد (الكافر والامة) فيحلف على الحاصل بالله ما هو حر او ما هي حرة الآن لان الرق يتكرر على الامة بالردة واللحاق والسبي وعلى العبد الكافر بنقض العهد واللحاق والسبي وعن ابي يوسف يحلف على السبب وتمامه في الذخيرة (ومن ورث شيأ) من عين علم ذلك بعلم القاضي او اقرار المدعي او بينة المدعى عليه (فادعاه آخر) ولا بينة للمدعي واراد تحليف الوارث (حلف على العلم) اى علم المدعى عليه فقال له القاضي بالله ما تعلم ان هذا العين له لا على البتات لان

١٥ وفي البحر ظاهر ما ذكره الخصاف وتبعه الصدر الشهيد ان معرفة كون المدعي شافعيا ونحوه انما هي بقول المدعي ولم ار حكم ما اذا تنازعا في ذلك وظاهر كلامهما انه لا اعتبار بقول المدعى عليه *منه

الوارث لايعلم بماصنعه المورث * وفيه ايماء الى انه لايحلف وارث الدين قبل وصوله اليه خلافا للخصاف والاول المختار عند الفقيه وقاضيخان والى انه لولم يتحقق كونه ميراثا حلف على البتات لتحقق سببه من كون العين في يده كما في القهستاني (وان شراه اووهب له فعلى البتات) اى يحلف المدعى عليه البتات بالله ماهو عبده * والاصل فيه ان التحليف على فعل نفسه يكون على البتات اى انه ليس كذلك والبتات القطع والتحليف على فعل غيره على نفي العلم اى انه لايعلم انه كذلك الا انه اذاكان شيأ يتصل بالحالف كما اذا ادعى سرقة العبد او اباقه يحلف البائع على البتات بالله ماابق اوماسرق في يدي وهذا تحليف على فعل الغير وانما صح لان تسليمه سالما عن العيوب واجب على البائع فالتحليف يرجع على ماضمن البائع بنفسه فيكون على البتات * واذا ادعى سبق الشراء يحلف خصمه على العلم اى انه لايعلم انه اشتراه قبله كما في المنح وغيره (ولو افتدى المنكر يمينه اوصالح عنها) اى عن اليمين (على شئ صح) الافتداء والصلح ان رضى به الخصم لان عثمان رضى الله عنه اعطى شيأ لمن ادعى عليه اربعين درهما وافتدى يمينه ولم يحلف اذ لو حلف لوقع على القيل والقال * اذ الناس بين التصديق والتكذيب على كل حال فاذا افتدى صان عرضه لقوله عليه السلام ذبوا عن اعراضكم باموالكم بمعنى ارفعوا وامتنعوا (ولا يحلف بعده) اى ليس للمدعى ان يحلف بعد ذلك لانه اسقط حقه باخذ البدل منه * وفيه اشعار بانه لايجوز ان يدع اليمين لانها لم يكن مالا فله ان يستحلفه بعد ذلك * وفي التنوير ولو اسقطه اى اليمين قصدا بان قال برئت من الحلف او تركته عليه او وهبته لايصح وله التحليف

باب التحالف

لما ذكر حكم يمين الواحد ذكر حكم يمين الاثنين اذ الاثنين بعد الواحد (ولو اختلفا) اى المتبائعان (في قدر الثمن) بان قال المشترى اشتريت بالف وقال البائع بعت بالفين مثلا (او) في قدر (المبيع) بان قال البائع بعت عبدا وقال المشترى عبدين وكذا الحكم لو اختلفا في وصف الثمن او في الجنس كما في الهداية * فعلى هذا لو حذف القدر لكان اشمل (او فيهما) اى في الثمن والمبيع جميعا بان قال البائع بعت عبدا بالفين وقال المشترى لا بل بعت عبدين بالف (حكم لمن برهن) اى يحكم القاضي لمن اقام البينة منهما لان الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها اذ هي متعدية حتى توجب القضاء فلا يعارضها مجرد الدعوى (وان برهنا) اى اقام كل منهما البينة بما ادعاه (فلمثبت الزيادة) اى يحكم لمثبت الزيادة لانه خالص عن العارض اما اذا كان الاختلاف في احدهما فظاهر واما فيهما فحجة البائع في الثمن الاكثر وحجة المشترى في المبيع الاكثر اولى فيحكم بعبدين للمشترى وبالفين للبائع (وان عجزا) اى البائع والمشترى (عن) اقامة (البرهان قيل لهما اما ان يرضى احد كما بدعوى الآخر والا فسخنا البيع) لان المقصود قطع المنازعة وهذا وجه في طريق قطع المنازعة فيجب ان لايعجل القاضي بالفسخ (فان لم يرض) والانسب بالواو (احدهما بدعوى الآخر تحالفا) اى استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى صاحبه * فان قال قبل القبض فهو قياسي لان كلا منهما منكر واما بعده فاستحساني فقط لان المشترى لايدعي شيأ لان المبيع سالم له بقي دعوى

البائع فى زيادة الثمن والمشترى ينكره فيكتفى بحلفه لكن عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلفا المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا كما فى البحر وغيره * لكن مافى القهستانى نقلا عن المضمرات من ان التحالف يصح قبل قبض المبيع وهذا استحسان فان المشترى ينكر وجوب تسليمه والقياس ان لايصح لانه ملك المبيع ولايصح بعد قبضه قياسا واستحسانا مخالف لما فى البحر وغيره تتبع * واما قال المصنف فان لم يرض احدهما ولم يقل وان لم يرضيا كما فى الكنز وغيره لان شرط التحالف عدم رضى واحد لاعدم رضى كل منهما كما لايخفى كما فى البحر وغيره * فعلى هذا ماقاله صاحب الفرائد من انه كان المناسب وان لم يرضيا الخ ليس بوارد تدبر (وبدئ) اى يبدأ القاضى (بيمين المشترى) فى الصور الثلاث لو بيع عين بدين * هذا قول محمد وزفر وابى يوسف آخرا وهو رواية عن الامام وهو الصحيح لانه اقواهما انكارا لانه المطالب بالثمن فيكون هو البادى بالانكار * وكان ابو يوسف يقول اولا يبدأ بيمين البائع وهو قول الشافعى فى الاصح وقيل يقرع بينهما هذا اذا كان بيع عين بدين وان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن فالقاضى مخير للاستواء ومن هذا قال (وفى المقايضة) اى فى بيع العين بالعين يبدأ القاضى (بايهما شاء) لاستوائهما فى فائدة النكول * وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ماباعه بالف و لقد باعه بالفين ويحلف المشترى بالله مااشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفى تأكيدا والاصح الاقتصار على النفى لان الايمان وضعت للنفى كالبينات للاثبات (ومن نكل) من البائع والمشترى (لزمه دعوى صاحبه) بالقضاء لان النكول اما بذل واما اقرار فيه شبهة فبتقوية القضاء يكون حجة ملزمة (وان حلفا) اى المتبايعان (فسخ القاضى البيع بطلب احدهما) او كليهما فلا ينفسخ البيع بنفس التحالف * وقيل ينفسخ والاول هو الصحيح لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضى قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل بقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولابد من الفسخ فى فاسد البيع فلو كان المبيع جارية فللمشترى وطؤها ولو فسد بنفس التحالف لم يحل له * وقيد بطلب احدهما لانه لايفسخه بدون طلب احدهما * واو فسخاه انفسخ بلا توقف على القاضى وان فسخ احدهما لايكفى كما فى البحر (ولاتحالف ١٦ لو اختلفا فى الاجل) سواء كان فى الاجل او فى قدره خلافا لزفر والشافعى (او) اختلفا فى (شرط الخيار) سواء كان فى وجوده بان قال احدهما البيع بالخيار والآخر ينكره او فى مدته (او قبض بعض الثمن) او كله اى لاتحالف عند اختلافهما بان قال المشترى اديت بعضه او كله والبائع ينكره (وحلف المنكر) فى الصور الثلاث لان هذا اختلاف فى اداء الثمن لا فى الثمن كما اذا وقع الاختلاف فى اداء جميع الثمن يحلف المنكر فحسب بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن او جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف فى القدر فى جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن لان الثمن دين وهو يعرف بالوصف * ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف (ولا) تحالف او اختلفا فى قدر الثمن (بعد هلاك) كل (المبيع) فى يد المشترى لانه لو هلك فى يد البائع تحالفا على القائم عندهم (وحلف المشترى) عند الشيخين

١٦ والاختلاف فى الاجل ان يقول المشترى الثمن مؤجل والبائع حال وفى قدره ان يقول المشترى الاجل الى شهر والبائع الى نصفه او يقول البائع حل الاجل والمشترى لا * منه

على الصحيح * هذا اذا كان الثمن دينا * واما اذا كان عينا يتحالفان بالاتفاق لان المبيع فى احد الجانبين قائم ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن * وهذا اذا هلك بعد القبض * وان هلك قبله وكان الثمن مقبوضا يتحالفان اتفاقا (وعند محمد) والشافعى (يتحالفان ويفسخ) العقد (وتلزم القيمة) اى قيمة الهالك يوم القبض لان كلا منهما يدعى حقا ينكره الآخر فيتحالفان * ولهما ان التحالف بعد قبض المبيع بخلاف القياس ولا يتعدى الى حال هلاك السلعة * وفى القهستانى نقلا عن المبسوط وهلاكه شامل لخروجه عن ملك المشترى او زيادته زيادة متصلة متولدة او غير متولدة او منفصلة متولدة فانه لا يتحالفان عندهما ويتحالفان عنده فيفسخ على العين فى المتصلة المتولدة من الاصل كالسمن وعلى العين او القيمة فى متصلة غير متولدة منه كالصبغ وعلى القيمة فى المنفصلة المتولدة كالثمر * واما فى منفصلة غير متولدة منه كالكسب فيتحالفان ويفسخ على العين بالاجماع (وكذا الخلاف لو تعذر الرد وهو) اى المبيع (قائم) يعنى او تغير بحدوث العيب عنده وصار بحال لا يقدر على رده مع العيب ثم اختلفا فى الثمن لا يتحالفان عندهما بل القول للمشترى * وعند محمد والشافعى يتحالفان فيفسخ البيع على قيمة الهالك * وكذا لو خرج المبيع عن ملكه (ولا) تحالف (بعد هلاك بعضه) اى بعض المبيع بعد قبض الجميع عند الامام كعبدين مات احدهما قبل نقد الثمن عند المشترى فقال البائع الثمن الف وقال المشترى بل خمسمائة لان التحالف بعد القبض مشروط بقيام السلعة وهى اسم لجميع المبيع فاذا هلك بعضه فقد الشرط بل يحلف المشترى لانكاره زيادة الثمن (الا ان يرضى البائع بترك حصة الهالك) اى لا يأخذ من ثمن الهالك شيأ ويجعله كأن لم يكن والعقد كأنه على القائم فقط فيكون الثمن كله بمقابلة القائم فيتحالفان * وهو قول عامة المشايخ * والاستثناء ينصرف الى قوله لا تحالف كما هو الظاهر وهو الموافق لما فى المبسوط * وفى الجامع الصغير اذا اختلف بعد هلاك احدهما لم يتحالفان والقول للمشترى مع يمينه عند الامام الا ان يشاء البائع ان يأخذ حصة الحى ولا شئ له قال ابو المكارم ومعنى لا شئ له على قول هؤلاء المشايخ ان لا يأخذ من ثمن الهالك شيأ اصلا على ما صرح به فى الكافى * وكان غرضهم من هذا التفسير صرف الاستثناء الى قوله لم يتحالفا كما هو مختارهم وفيه تأمل * وعلى قول غيرهم من المشايخ انه لا يأخذ البائع من الزيادة المتنازع فيها وانما يأخذ عن الهالك بعد ما اقربه المشترى فالاستثناء ينصرف الى قوله مع يمينه فانه اذا اخذ ما اقربه المشترى واخذ الحى فقد صدق المشترى وارتفع الخصومة فلا يحلف المشترى ويخفى ان الاستثناء المذكور فى المتن لا يصلح لهذا التفسير اذ لم يذكر فيه اخذ البائع الحى وفى تقديره تعسف (وعندهما يتحالفان ويرد الباقى) ان حلفا لكن اختلفوا فى تفسير التحالف عند ابى يوسف * قيل يتحالفان على القائم لا الهالك لان العقد ورد فيه لا فى الثانى * وهذا ليس بصحيح لان المشترى لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه البائع يكون صادقا فيه لان من اشترى شيئين بالف اذا حلف انه ما اشترى احدهما كان صادقا وكذا البائع لو حلف بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه المشترى يكون صادقا فيه فلا يفيد التحالف بل الوجه ان يحلف على القائم والهالك ويقول او لا بالله ما اشتريتهما

بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذى يدعيه المشترى فان نكل لزمه دعوى المشترى وان حلف يفسخان العقد فى القائم وتسقط حصته من الثمن وتلزم المشترى حصة الهالك من الثمن الذى اقر به المشترى على القائم والهالك لانها انما يجب عند الانفساخ والعقد لم ينفسخ فى الهالك عنده فينقسم الثمن الذى اقر به المشترى عليهما على قدر قيمتهما يوم القبض * وعند محمد يتحالفان عليهما ويفسخ فيهما ويرد القائم مع قيمة الهالك يوم القبض لان هلاك الكل لا يمنع التحالف عنده على مامر فهلاك البعض اولى (و القول للمشترى) مع يمينه اذا اختلفا (فى حصة الهالك عند ابى يوسف وتلزم قيمته) اى الهالك (عند محمد) لما مر (وتعتبر قيمتهما) اى قيمة القائم والهالك (فى الانقسام) اى انقسام الثمن عليهما (يوم القبض) فان استويا يلزمه نصف الثمن الذى اقر به المشترى * وان اختلفت القيمتان يوم القبض تسقط عنه حصة القائم بقدر قيمته وتلزمه حصة الهالك بقدر قيمته (وان اختلفا فى قيمة الهالك فيه) فقال المشترى قيمته يوم القبض خمسمائة وقيمة القائم الف وقال البائع على عكسه (فالقول للبائع) مع يمينه لان البائع بدعواه يستبقى ما كان واجبا والمشترى بدعواه يسقط ما كان واجبا وكان البائع متمسكا بالاصل فوجب اعتبار قوله (وان برهنا) على قيمة الهالك (فبرهانه) اى برهان البائع (اولى) لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة فى قيمة الهالك (وان اختلفا) اى العاقدان (فى قدر الثمن بعد اقالة البيع) فقال المشترى كان الثمن الفا وقال البائع خمسمائة ولا بينة لهما (تحالفا وعاد البيع) الاول حتى يكون حق البائع فى الثمن وحق المشترى فى المبيع كما كان قبل الاقالة فلا يجب على كل واحد منهما ان يرد على صاحبه شيأ (ان لم يقبض البائع المبيع) قيل ينبغى ان لا يتحالفا فى اقالة البيع لان التحالف ثبت بالبيع المطلق بالحديث والاقالة فسخ فى حق العاقدين فلم يتناوله النص * واجيب ان التحالف قبل قبض المبيع ثبت قياسا لان كل واحد مدع ومنكر على مامر فصار التحالف معقولا * فوجب القياس على المنصوص عليه كما قسنا الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى * ولا كذلك بعد القبض فانه على خلاف القياس وعن هذا قال (وان قبضه) اى قبض البائع المبيع بعد الاقالة ثم اختلفا (فلا تحالف) عند الشيخين ويكون القول للمنكر مع يمينه (خلافا لمحمد) لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا (ولو) اختلفا (فى قدر رأس المال بعد اقالة السلم) لا يتحالفان (فالقول) مع يمينه (للمسلم اليه فيه) اى فى قدر رأس المال لانكاره الزيادة اعتبارا لسائر الدعاوى (ولا يعود السلم) لان الاقالة فى باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود بخلاف البيع (ولو اختلفا) اى الموجر والمستأجر (فى قدر الاجرة) بان قال المستأجر درهم وقال الموجر درهمان (او المنفعة) بان قال الموجر مدة الاجارة شهر وقال المستأجر شهران (او فيهما) اى فى قدر الاجرة والمنفعة معا بان قال الموجر آجرتك الدار شهرا بدرهمين وقال المستأجر استأجرتها شهرين بدرهم (قبل استيفاء المنفعة تحالفا وترادا) اذ الاجارة مقيسة على البيع لان العين المستأجرة فى الاجارة قائمة مقام المنفعة

(فى)

فى ايراد العقد * وكذا الامر فى فسخها فالمعقود عليه قبل استيفاء المنفعة يكون قائما تقديرا (ويبدئ بيمين المستأجر ان اختلفا فى الاجرة) لكونه منكراً وجوب ما يدعيه الموجر من الزيادة (و) بدأ (بيمين الموجر لو) اختلفا (فى المنفعة) لكونه منكرا وجوب زيادة المنفعة * وفيه اشعار بانه يحلف اولا من يدعى اولا لان اختلفا فيهما وان ادعيا معا يحلف من شاء وان شاء اقرع بينهما كما فى البيع (و ايهما نكل لزمه دعوى الآخر) كما هو مقتضى النكول (وايهما برهن قبل) برهانه (وان برهنا فحجة المستأجر) اولى لو اختلفا (فى المنفعة وحجة الموجر) اولى لو اختلفا (فى الاجرة) نظرا الى اثبات الزيادة وتقبل حجة كل واحد منهما فى فضل يدعيه لو اختلفا فى الاجرة والمنفعة معا بان ادعى الموجر ان مدتها شهر بعشرة والمستأجر ان مدتها شهران بخمسة فيقضى بعشرة للموجر وشهرين للمستأجر (و) لو اختلفا (بعد استيفاء المنفعة لا يتحالفان) اتفاقا (والقول للمستأجر مع يمينه لانكاره الزيادة * هذا عند الشيخين ظاهر لان التحالف بعد قبض المبيع على خلاف القياس فلا يقاس الاجارة هنا عليه اذ هلاك المعقود عليه بالاستيفاء يمنع التحالف على اصلهما لا يخفى ما فى صورة المقيس حيث وجد المعقود عليه * وكذا على اصل محمد لان الهلاك انما لا يمنع عنده فى المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها * ولو جرى التحالف هنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين ان لا عقد واذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه (و) لو اختلفا (بعد استيفاء البعض) اى بعض المنفعة (يتحالفان) فيما بقى اعتبارا للبعض بالكل (وتفسخ) الاجارة (فيما بقى) من المنافع لامكان الفسخ * وهذا لا ينافى ما مر ان هلاك بعض المعقود عليه يمنع التحالف عند الامام * لان الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حدوث المنفعة فكان كل جزء من المنفعة بمنزلة معقود عليه فيما بقى من المنفعة كمعقود عليه غير مقبوض فيتحالفان فى حقه * بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع لانه بجميع اجزائه معقود بعقد واحد فاذا تعذر الفسخ فى بعضه بالهلاك تعذر فى كله ضرورة (والقول للمستأجر) مع اليمين (فيما مضى) لانه منكر بما يدعيه الموجر من زيادة الاجرة (وان اختلفا) اى المولى والمكاتب (فى قدر بدل الكتابة) بعد ما اتفقا على عقد الكتابة (لا يتحالفان) عند الامام لان التحالف فى المعاوضات عند تجاحد الحقوق اللازمة وبدل الكتابة غير لازم على المكاتب لان له ان يرفعه عن نفسه بالعجز فلم تكن فى معنى البيع (والقول للعبد) مع يمينه لانكاره الزيادة وان اقام احدهما بينة قبلت وان اقاماها فبينة المولى اولى لاثباتها الزيادة لكن يعتق باداء قدر ما برهن عليه ولا يمتنع وجوب بدل الكتابة بعد عتقه كما لو كاتبه على الف على انه ان ادى خمسمائة عتق وكما لو استحق البدل بعد الاداء كما فى البحر (وقالا) وهو قول الائمة الثلاثة (يتحالفان وتفسخ) الكتابة لاختلافهما فى بدل عقد يقبل الفسخ فكان بمنزلة البيع (وان اختلف الزوجان فى متاع) اهل (البيت) والمراد بالمتاع هنا ما ينتفع به من نفسه او بما حصل منه كالعقار وغيره وادعى كل انه له ولا بينة لاحد (فالقول لها) اى للزوجة بلا خلاف مع اليمين (فيما صلح لها) اى ما يختص بالنساء عادة كالدرع والاسورة والخمار والملاءة والخلخال والحلى ونحوها لان الظاهر شاهد لها الا ان يكون

١ قيد بكونهما زوجين احترازا عما اذا طلقها فى المرض ومات الزوج بعد انقضاء عدتها فان المشكل لوارث الزوج لانها صارت اجنبية لم يبق لها يد وكان هذا بمنزلة ما لو مات الزوج قبل الطلاق * وتمامه فى المنح فليراجع * منه

الزوج ممن يبيع ما يتعلق بالنساء فالقول له لتعارض الظاهرين (وله) اى القول للزوج مع اليمين (فيما صلح له) كالعمامة والقلنسوة والقباء والسلاح والكتب ونحوها لان الظاهر شاهد له الا اذا كانت الزوجة صانعة او بائعة ما يصلح له فلا يقبل قوله * وفى الخانية لو اختلفا فى متاع النساء واقاما البينة يقضى للزوج (او) فيما صلح (لهما) اى القول للزوج فيما اختص بهما كالمنزل والفرش والرقيق والآوانى والعقار والمواشى والنقود لان الزوجة ومافى يدها فى يد الزوج والقول فى الدعاوى لصاحب اليد * بخلاف ما يختص بها فان الاختصاص اقوى من اليد * وفى البحر وبه علم ان البيت للزوج الا ان يكون لها بينة * وفى الخانية ولو اقاما البينة يقضى ببينتها لانها خارجة معنى اطلق الزوجين فشمل المسلمين والمسلم مع الذمية والحرين والمملوكين والمكاتبين كما سيأتى والصغيرين اذا كان الصغير يجامع * وشمل اختلافهما حال بقاء النكاح ومابعد الفرقة وما اذا كان البيت ملكا لهما او لاحدهما خاصة لان العبرة لليد لا للملك * وفى القنية افترقا وفى بيتها جارية نقلتها مع نفسها واستخدمتها سنة والزوج عالم به ساكت ثم ادعاها فالقول له لان يده كانت ثابتة ولم يوجد المزيل اه * وبه علم ان سكوت الزوج عند نقلها ما يصلح لهما لا يبطل دعواه كما فى البحر وقيد باختلاف الزوجين للاحتراز عن اختلاف نساء الزوج دونه فان متاع النساء بينهن على السواء ان كن فى بيت واحد وان كانت كل واحدة منهن فى بيت على حدة فما فى بيت كل امرأة بينها وبين زوجها على ماوصفنا ولا يشترك بعضهن مع بعض كما فى خزانة الاكمل * هذا اذا كانا حيين (وبعد موت احدهما) اى احد الزوجين ثم اختلف وارثه مع الحى * فالجواب فى غير المحتمل على مامر (القول فى المحتمل) اى فيما يصلح لهما (للحى) مع اليمين ايهما كان لانه لا يد للميت فبقيت يد الحى بلا معارض * وهذا عند الامام (وعند ابى يوسف كذلك) اى القول للزوج فيما صلح لهما (فى الزائد على جهاز مثلها وفى جهاز مثلها لها) اى القول للزوجة اذا كانت حية (او لورثتها) بعد موتها اى يدفع فى المشكل الى الزوجة او الى وارثها ما يجهز به مثلها والباقى للزوج مع يمينه او لوارثه عنده لان الظاهر ان الزوجة تأتى بالجهاز وهذا اقوى من ظاهر يد الزوج ولذا يأخذ الباقى لعدم المعارض لظاهره * والحياة والموت فى المشكل عنده سواء (وعند محمد للرجل او لورثته) اى ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة ومايكون لهما فهو للرجل ان كان حيا او لورثته ان كان ميتا لقيام الورثة مقام المورث * واما اختلافهما فى غير متاع البيت وكان فى يديهما فانهما كالاجنبيين يقسم بينهما وفى القهستانى وعن زفر والشافعى ان المشكل بينهما * وعنهما ان المتاع كله كذلك واليه ذهب ٢ مالك * وقال ابن ابى ليلى ان المشكل للزوج حيا ولورثته ميتا * وقال ابن شبرمة ان المتاع كله له الا ما على المرأة من الثياب * وقال حسن البصرى ان المتاع لصاحب البيت الا ما على الرجل من الثياب فهذه متمة كتاب الدعوى او مسبعته اه * واعلم ان الاب لو ادعى بعد موت ابنته ان الجهاز كان عارية لها والزوج انها كان ملكا فالقول للاب على المختار * الا اذا استمر العرف بدفع الجهاز ملكا لا عارية فالقول لها ولورثتها من بعدها * ولو اختلف الاب وابنه فيما فى البيت قال ابو يوسف اذا كان الاب

٢ لكن فى البحر قول مالك الكل بينهما تأمل * منه

في عيال الابن في بيته فالمتاع كله للابن كما لو كان الابن في بيت الاب وعياله فمتاع البيت للاب * ولو اختلف الموجر والمستأجر في متاع البيت فالقول قول المستأجر مع يمينه وليس للموجر الا ما عليه من ثياب بدنه * ولو اختلف اسكافي وعطار في آلات الاساكفة وآلات العطارين وهي في ايديهما قضى بينهما انصفين ولا ينظر الى ما يصلح لكل واحد منهما (وان كان احدهما) اي احد الزوجين (مملوكا) سواء كان مأذونا او مكاتبا او محجورا (فالكل) اي كل المتاع (للحر في) حال (الحياة) لان يد الحر اقوى (وللحي) منهما (في الموت) اي موت احدهما لان يد الحي خالية عن المعارض كما في عامة شروح الجامع * وذكر السرخسي انه سهو والصواب انه للحر مطلقا * لكن اختار صاحب الهداية قول العامة فاقتفى اصحاب المتون اثره * هذا عند الامام (وقالا المأذون والمكاتب كالحر) لان لهما يدا معتبرة في الخصومات حتى لو اختصما في شيء هو في ايديهما يقضى بينهما بخلاف ما كان عبدا محجورا حيث يقضى للحر لا للعبد وقوله الكل مشير الى ان الخلاف فيما اذا اختلفا في مطلق المتاع على ما ذكر فخر الاسلام كما في الصغرى * لكن في الحقائق الى الخلاف فيما اختلفا في الامتعة المشكلة كما في القهستاني * وفي التنوير اعتقت الامة واختارت نفسها فما في البيت قبل العتق فهو للرجل وما بعد العتق قبل ان تختار نفسها فهو على ما وصفنا في الطلاق * رجل معروف بالفقر والحاجة صار بيده غلام وعلى عنقه بدرة وذلك بداره فادعاه رجل عرف باليسار ادعاه صاحب الدار فهو للمعروف اليسار * وكذا كناس في منزل رجل وعلى عنقه قطيفة يقول هي لي وادعاها صاحب المنزل فهي لصاحب المنزل رجلان في سفينة بها دقيق فادعى كل واحد السفينة وما فيها واحدهما يعرف ببيع الدقيق والآخر يعرف بانه ملاح فالدقيق للذي يعرف ببيعه والسفينة لمن يعرف انه ملاح وتمامه في المنح * فليطالع

﴿ فصل ﴾

في بيان احكام دفع الدعاوى (قال ذو اليد) في جواب من ادعى شيأ في يده ان (هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او اعارنيه او آجرنيه او غصبته ورهنته منه) اي من فلان الغائب (وبرهن على ذلك المذكور (اندفعت خصومة المدعي) لانه اثبت امرين احدهما الملك للغائب وهو غير مقبول شرعا والآخر دفع خصومة المدعي وهذا مقبول * قال ابن شبرمة لا تسقط خصومة المدعي لان البينة تثبت الملك للغائب ولا ولاية لاحد على غيره في ادخال شيء في ملكه بلا رضائه * وقال ابن ابي ليلى تسقط الخصومة بلا بينة لانه لا تهمة فيهما اقر به على نفسه فتبين ان يده يد حفظ لا يد خصومة (وقال ابو يوسف فيمن عرف بالحيل) جمع حيلة (لا تندفع) الخصومة (وبه يؤخذ) واختاره في المختار * ان المدعى عليه ان كان صالحا فكما قال الامام وان كان معروفا بالحيل لم تندفع عنه لانه قد يأخذ مال الغير غصبا ثم يدفع سرا الى من يريد ان يغيب ويقول له اودعه عندي بحضرة الشهود قصد الابطال حق الغير فلا تقبل بينته لهذه التهمة (وان قال الشهود اودعه من لا نعرفه لا تندفع) الخصومة بالاجماع لاحتمال ان يكون المدعي من اودعه (بخلاف قولهم) اي قول الشهود (نعرفه) اي المودع (بوجهه) لو رأيناه لا باسمه ونسبه حيث تندفع الخصومة (عند الامام) لان القضاء لا يقع على الغائب ليشترط العلم بنفسه ونسبه وانما يقضى على

المدعى بالدفع عن ذى اليد وهما معلومان وهو اثبت بينته انه ليس بخصم لهذا المدعى (خلافا لمحمد) فانه قال لاتندفع الخصومة معروفا كان بالحيلة اولا وانما تندفع اذا عرف الشهود ذلك الرجل باسمه ونسبه لان الخصومة توجهت على ذى اليد بظاهر يده ولا تندفع الا بالحوالة على رجل يمكن اتباعه والمعروف بالوجه لايكون معروفا فصار هذا بمنزلة قول الشهود لا نعرفه اصلا * وفى البزازية وتعويل الائمة على قول محمد فهذه المسئلة تسمى بمخمسة كتاب الدعوى للاشتمال على قول الامام وابى يوسف ومحمد وابن ابى ليلى وابن شبرمة كما ترى او لان صورها خمس وديعة واجارة واعارة ورهن وغصب كما فى اكثر الكتب * لكن فى المنح هذا اذا ادعى المدعى ملكا مطلقا فى العين كما افاده عدم تقييده ويدل عليه ما سيأتى من المسائل القابلة لهذه * ومن المعلوم ان فرض هذه المسئلة بعد اقامة المدعى البرهان لما تقرر فى كلامهم من ان الخارج هو الطالب بالبرهان ولا يحتاج المدعى عليه الى الدفع قبله * وحاصله ان المدعى لما ادعى الملك المطلق فيما فى يد المدعى عليه انكره وطلب من المدعى البرهان فاقامه ولم يقض القاضى به حتى دفعه المدعى عليه بما ذكر وبرهن على الدفع * وفى البحر وكذا الحكم لو قال وكلنى صاحبه بحفظه كما فى المبسوط * وكذا الحكم لو قال اسكننى فيها فلان الغائب * وكذا الحكم لو قال سرقته منه او اخذته منه او ضل منه فوجدته كما فى الخلاصة * فالصور عشر * وبه علم ان الصور لم تنحصر فى الخمس * فالاولى ان تفسر المخمسة بالثانى ٣ (ولو قال) ذو اليد (شريته منه) اى من فلان الغائب (لا تندفع) الخصومة لكون يده يد خصومة لاعترافه بسبب الملك وهو الشرى (وكذا) لاتندفع الخصومة (لو قال المدعى سرقته) بتاء الخطاب (او غصبته منى) فقال ذو اليد اودعنيه فلان الغائب (وان) وصلية (برهن ذو اليد على ايداع الغائب) لان المدعى لما قال لصاحب اليد غصبته منى صار ذو اليد خصما باعتبار دعوى الفعل عليه * وفيه لا يمكنه الخروج عنها بالاحالة على الغير لان اليد فى الخصومة فيها ليس بشرط حتى تصح دعواه على غير ذى اليد ولا تندفع الخصومة بانتفاء يده حقيقة بخلاف الملك المطلق (وكذا) لا تندفع (ان قال) المدعى (سرق منى) على البناء للمفعول عند الشيخين استحسانا (خلافا لمحمد) وهو القياس لانه لم يدع الفعل على ذى اليد بل على مجهول فصار كما لو قال غصب منى على البناء للمفعول * ولهما ان ذكر الفعل يستدعى الفاعل لا محالة والظاهر انه ذو اليد الا انه لم يعينه درء للحد عنه فصار كأنه قال له سرقته منى بخلاف الغصب فانه لاحد فيه فلو قضى عليه ثم حضر الغائب فاقام البينة تقبل لانه لم يصر مقضيا عليه وانما قضى على ذى اليد فقط * وفى التنوير قال فى غير مجلس الحكم انه ملكى ثم قال فى مجلسه انه وديعة عندى من فلان تندفع من البرهان ما ذكر ولو برهن المدعى على مقالته الاولى يجعله خصما ويحكم عليه لسبق اقراره ويمنع من الدفع (ولو قال المدعى ابتعته من زيد ولو قال ذو اليد اودعنيه هو) اى زيد (اندفعت) الخصومة (بلا حجة) لانهما اعترفا على ان الملك فى الاصل لغيرهما فيكون وصوله الى صاحب اليد من جهة زيد البائع فلا تكون يده يد خصومة (الا اذا برهن المدعى ان زيدا وكله بقبضه) فحينئذ لا تندفع وتصح

٣ اى بالاقوال منه

دعواه لانه اثبت بينة كونه احق بامساكه*ولو صدقه ذو اليد في شرائه منه لا يأمره القاضي بالتسليم اليه حتى لا يكون قضاء على الغائب باقراره وهى عجيبة * وفي البحر قيد بتلقى اليد من الغائب للاحتراز عما اذا قال ذو اليد اودعنيه وكيل فلان ذلك لم تندفع الا ببينة لانه لم يثبت تلقى اليد ممن اشترى هو منه لانكار ذى اليد ولا من جهة وكيله لانكار المدعى* وكذا لو اثبت بالبينة انه دفعها الى الوكيل ولم يشهدوا ان الموكل دفعها الى ذى اليد*وتقييده بدعوى الشراء من الغائب اتفاقي*في البزازية ادعى انه له غصبه منه فلان الغائب وبرهن عليه وزعم ذو اليد ان هذا الغائب اودعه عنده اندفعت الخصومة لاتفاقهما على وصول العين من غيره وان صاحب اليد ذلك الرجل بخلاف مالو كان مكان دعوى الغصب دعوى السرقة فانه لا تندفع بزعم ذى اليد ايداع ذلك الغائب في الاستحسان اه

باب دعوى الرجلين

لما فرغ من بيان دعوى الواحد ذكر دعوى مازاد عليه والواحد قبل مازاد (لا تعتبر بينة ذى اليد في الملك المطلق) وهو ان يقول في دعواه ان هذا ملكى ولم يبين سبب ملكه (وبينة الخارج فيه) اى في المطلق (احق) بالاعتبار وبه قال احمد* وقال الشافعي ومالك بينة ذى اليد احق لاعتضادها باليد* ولنا ان البينة شرعت للاثبات وبينة الخارج اكثر اثباتا لانه لا ملك له على المدعى بوجه وذو اليد له ملك عليه باليد فترجحت بينة الخارج بكثرة ثبوتها الا اذا ادعى ذو اليد مع الملك فعلا كالعتق والتدبير والاستيلاد فبينة ذى اليد اولى بخلاف الكتابة كما سيأتى * قيد بالمطلق لاستوائهما في المقيد بالسبب * وهذا ان وقتا او لم يوقتا بالاتفاق (برهنا) اى الخارجان (على ما في يد آخر) اى لو برهن خارجان على عين في يد ثالث منكر بعد ادعاء كل منهما ملكا مطلقا فاقاما البينة (قضى به) اى بهذا الشئ (لهما) بطريق الاشتراك عندنا لقبول الشركة على المناصفة لان النبي عليه السلام قضى بناقة بينهما بنصفين لاستوائهما في سبب الاستحقاق ولم يأمر عليه السلام بالقرعة لان استعمال القرعة في وقت كان القمار فيه مباحا ثم انتسخت بحرمة القمار* اذ تعلق الاستحقاق بخروج القرعة قمار* وكذا تعيين المستحق بخروج القرعة بخلاف قسمة المال المشترك فللقاضى ثمة ولاية التعيين بغير قرعة وانما يقرع لتطييب القلوب ونفى تهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار خلافا للشافعي واحمد كما سيأتى (ولو) برهنا (على نكاح امرأة سقطا) لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك واذا تهاترا فرق القاضى بينهما حيث لا مرجح واذا تهاترا وكان قبل الدخول فلا شئ على كل واحد منهما كما في البحر* وهذا مقيد بما اذا كان المدعيان حيين والمرأة اما لو برهنا عليه بعد موتها ولم يؤرخا او ارخا واستوى تاريخهما فانه يقضى بالنكاح بينهما وعلى كل واحد منهما نصف المهر ويرثان ميراث زوج واحد فان جاءت بولد يثبت النسب منهما ويرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل وهما يرثان من الابن ميراث اب واحد كما في المنح (وهى) اى المرأة (لمن صدقته) لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين اذا لم تكن المرأة المتنازع فيها في يد من كذبته ولم يكن دخل من كذبته بها * واما اذا كانت في يد الآخر او دخل بها فلا اعتبار بالتصديق لانه دليل على سبق عقده كما في المنح (فان ارخا) اى المدعيان لنكاحها وكان تاريخ احدهما

سابقا (فالسابق احق) بها من الآخر لانه لا معارض فى هذا الزمان فيكون القضاء للسابق اذ عقد اللاحق وبرهانه باطل * ولا يعتبر ما ذكر من كونها فى يده اودخل بها ولو ارخ احدهما فقط فانها لمن اقرت له كالوارخ احدهما والآخر يد فانها لذى اليد كما فى البزازية (وان اقرت) المرأة بالزوجية (لاحدهما قبل البرهان فهى) اى المرأة (له) لتصادقهما عليه (فان برهن الآخر) اى الذى لم تقرله (بعد ذلك) اى بعد الاقرار للاول (قضى له) اى للبرهن لقوة البرهان * فان برهنا بعد الاقرار فالسابق اولى (وان برهن احدهما) على نكاحها (فقضى له) بالنكاح (ثم برهن الآخر) على انه نكحها (لا يقبل) برهانه اذ لا ينقض شئ بمثله * وههنا صار الاول اقوى لاتصال القضاء به (الا) وقت (ان اثبت) ذلك الآخر بالبينة (سبقه) اى سبق نكاحه اياها على نكاح الاول فحينئذ يقضى له لتيقن الخطأ فى الاول (وكذا لا يقبل برهان خارج على) زوج (ذى يد) على امرأة (نكاحه ظاهر) بنقلها الى بيته او بالدخول معه (الا ان اثبت) الخارج (سبقه) اى سبق نكاحه على نكاح ذى اليد بالبينة فانه يقضى له لما مر (وان برهنا) اى الخارجان (على شراء شئ من آخر) اى من ذى يد بلا تاريخ (فلكل نصفه) اى لكل واحد منهما نصف ذلك الشئ (بنصف ثمنه) اى ثمن ذلك الشئ ان شاء ورجع به على البائع بنصف ثمنه (او تركه) اى ترك النصف ان شاء لانهما لما استويا فى السبب وجب على القاضى ان يقضى به بينهما لتعذر القضاء بكله فيتخير كل منهما لتغير شرط عقده عليه فلعل رغبته فى تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن * وعند الشافعى فى قول واحد يقرع وفى قول آخر تهاترت البينتان وترجع الى تصديق البائع لان احديهما كاذبة بيقين * قلنا ان المحل الواحد لا يتصور ان يكون مملوكا لزيد على الكمال ومملوكا لعمرو على الكمال لان المشهود فى الحقيقة هو السبب لانه المحسوس المحاط للشهود وكل واحد من الفريقين هناك صادق بان يعاين السبب من الرجلين ولا يعلمان سبق احدهما وبترك احدهما نصفه (بعد ماقضى لهما لا يأخذ) المدعى (الآخر كله) لان بالقضاء انفسخ العقد فى حق كل فى النصف * قيد بقوله بعد القضاء لانه قبل القضاء له يأخذ كله لاثبات برهانه اشتراء الكل بلا مزاحم للقضاء (فان كان لاحدهما يد او تاريخ فهو) اى صاحب اليد او التاريخ (اولى) لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه اذ قبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان الى اقرب الازمان وهو الحال مع ان قبض الشئ متأخر عن شرائه فصار شراؤه اقدم تاريخا من شراء غير القابض وبالتاريخ اثبت ملكه فى ذلك الوقت واحتمل الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك * وقال صاحب البحر ولى اشكال فى عبارة الكتاب وهو ان اصل المسئلة مفروضة فى خارجين تنازعا فيما فى يد ثالث فاذا كان مع احدهما قبض كان ذا يد تنازع مع خارج فلم تكن المسئلة * ثم رأيت فى المعراج ما يزيله من جواز ان يراد انه اثبت بالبينة قبضه فيما مضى من الزمان وهو الآن فى يد البائع * الا انه يشكل ما ذكره بعده عن الذخيرة بان ثبوت اليد لاحدهما بالمعاينة اه * والحق انها مسئلة اخرى وكان ينبغى افرادها اه (وان ارخا فالسابق

(اولى)

اولى * وان كان لاحدهما يد وللآخر تاريخ فذو اليد اولى) لانه اثبت الشراء فى زمان لا
ينازعه فيه احد فاندفع به ثم لايقضى بعده لغيره الا اذا تلقى الملك منه (والشراء احق من هبة)
مع قبض وصدقة مع قبض اى لو برهن خارجان على ذى يد احدهما على الشراء منه
والآخر على الهبة منه كان الشراء اولى من الهبة والصدقة لان الشراء اقوى لكونه معاوضة
من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك فى الهبة والصدقة يتوقف على القبض * هذا ان لم
يؤرخا او ارخا واتحد المملك فالاسبق تاريخا منهما احق * بخلاف ما اذا اختلف المملك
فانهما سواء فى صورة التاريخ وعدمه لان كلا منهما خصم عن مملكه فى اثبات ملكه وهما فيه
سواء * بخلاف ما اذا اتحد لاحتياجهما الى اثبات السبب وفيه تقدم الاقوى * ولو ارخت
احديهما فقط فالمورخة اولى * قيد بكونهما خارجين للاحتراز عما اذا كانت فى يد احدهما
والمسئلة بحالها فانه يقضى للخارج الا فى اسبق التاريخ فهو لاسبق وان ارخت احديهما فقط
فلا ترجيح لها وان كانت فى يديهما يقضى بينهما الا فى اسبق التاريخ فهى له كدعوى ملك
مطلق كما فى البحر (والهبة والصدقة فيما لا يحتمل القسمة) كالعبد والدابة (سواء) بالاتفاق
فيقضى بينهما نصفين لاستوائهما فى كونهما تبرعا * واما فيما يحتمل القسمة كالدار فهما سواء
عند البعض لان الشيوع طار فيقضى بينهما نصفين وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة فى
الشائع فصار كاقامة البينتين على الارتهان وهذا اصح كما فى الهداية * وفى البحر وحاصله ان
الصدقة اولى من الهبة فيما يحتمل القسمة وهذا عند عدم التاريخ والقبض * واما اذا ارخا قدم
الاسبق وان لم يؤرخا ومع احدهما قبض كان اولى * وكذا ان ارخ احدهما فقط * وفى
الخلاصة ولو كان كلاهما هبة او صدقة او احدهما هبة والآخر صدقة فلم يذكر الشهود القبض
لا يصح وان ذكروا القبض ولم يؤرخوا او ارخوا تاريخا واحدا فهو بينهما اذا كان لا يحتمل
القسمة وان كان يحتملها فلا يقضى لهما بشئ عند ابى حنيفة * وعندهما يقضى بينهما نصفين *
ولو كان فى يد احدهما يقضى له بالاجماع (وكذا الشراء والمهر عند ابى يوسف) اى ادعى
شخص ان هذا الشئ اشتريته من زيد وادعت امرأة ان زيدا تزوجها على هذا الشئ فاقاما
البينة ولم يذكرا تاريخا ٤ اوذكرا واستوى تاريخهما يقضى لكل واحد منهما بالنصف لان
الشراء والمهر سواء فى اثبات الملك ثم المرأة نصف القيمة على الزوج وللمشترى نصف الثمن
المنقود على البائع وله فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه (وقال محمد الشراء اولى) فيقضى
لصاحب الشراء (وعلى الزوج القيمة) اى قيمة المبيع للمرأة لان البينات حجج الشرع فيجب
العمل بها ما امكن وهو ممكن بان يجعل الشراء سابقا اذ لو تزوج على ملك الغير صحت التسمية
فتجب القيمة عند تعذر تسليم العين * قيد بالشراء لانه لو اجتمع نكاح وهبة او رهن او صدقة
فالنكاح اولى * وفى المنح اعتراض عن طرف صاحب الفصولين وجواب عن طرف صاحب
البحر فليطالع (والرهن مع القبض اولى من الهبة) بلا عوض (معه) اى مع القبض يعنى لو ادعى
احدهما رهنا مقبوضا والآخر هبة وقبضا واقاما البينة ولم يؤرخا فمدعى الرهن اولى

٤ وانما قلنا اوذكرا واستوى تاريخهما لانه ان ارخا وتاريخ احدهما اسبق كان احق * منه

استحسانا * والقياس ان الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته فكانت البينة المثبتة للزيادة اولى * وجه الاستحسان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى (فان كانت) اى الهبة (بشرط العوض فهى) اى الهبة (اولى) من الرهن لكونها في معنى البيع انتهاء فيكون عقدها عقد ضمان يثبت الملك معنى وصورة بخلاف الرهن فانه لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة * هذا اذا كانت العين فى يد ثالث اذ لو كانت فى ايديهما يقضى بها بينهما نصفين الا ان يؤرخا وتاريخ احدهما اسبق فيقضى له (وان برهن خارجان على ملك مؤرخ) هذه المسئلة قد ذكرت واعادتها هنا لاجل ذكر التاريخ (او شراء مؤرخ من واحد) متعلق بشراء (غير ذى اليد) احترز بهذا عما برهنا على ما فى يد آخر كما مر تفصيلها (فالسابق اولى) لانه اثبت ملكه فى وقت لا ينازعه فيه احد الا اذا تلقى الملك منه * وهذا القول متفق عليه على تخريج الكرخى * وقول الامام على تخريج صاحب الامالى وقول ابى يوسف آخرا ومحمد اولا * وفى قوله الآخر وهو قول ابى يوسف اولا هو بينهما كما فى التبيين (وان برهن احدهما على الشراء من زيد و) برهن (الآخر عليه) اى على الشراء (من بكر واتفق تاريخهما فهما سواء) حتى يكون المبيع بينهما نصفين لان كل واحد منهما اثبت الملك لبائعه وملك بائعه مطلق بلا تاريخ فصار كما اذا حضر البائع فادعى الملك المطلق فيكون بين الخارجين لاستواء تاريخهما (وكذا لو وقت احدهما فقط) لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته بخلاف ما اذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره * وفى البحران البينة على الشراء لا تقبل حتى يشهدوا انه اشتراها من فلان وهو يملكها وتمامه فيه * فليطالع (و لو برهن خارج على الشراء من شخص و) برهن خارج (آخر على الهبة والقبض من غيره و) برهن خارج (آخر على الارث من ابيه و) برهن خارج آخر على الصدقة والقبض من رابع قضى بينهم ارباعا سواء كان معهم او مع بعضهم تاريخ اولم يكن لانهم يثبتون لملكهم وذلك تاريخ فيه ولا يقدم الاقوى كما فى التبيين (ولو برهن خارج على ملك مؤرخ وذو اليد على ملك اقدم منه) اى من الخارج (فهو) اى ذو اليد (اولى) عند الشيخين (خلافا لمحمد فى رواية) وفى رواية عنه على ما قالا ثم رجع عنه فقال لا تقبل بينة ذى اليد فى الملك المطلق اصلا لان البينة فيه تثبت اولية الملك فيستوى فيها التقدم والتأخر فصار كأنهما اقامتا على الملك المطلق * ولهما ان البينة مع التاريخ تدفع ملك غيره فى وقت التاريخ وبينة ذى اليد على الدفع مقبولة فلا يثبت الملك لغيره بعده الا بالتلقى من جهته وهو لم يدع ذلك * قيد بسبق تاريخ ذى اليد لانه لو لم يكن لهما تاريخ او استوى تاريخهما او ارخت احديهما فقط كان الخارج اولى (وكذا الخلاف لو كانت اليد لهما) واقاما البينة فصاحب الوقت الاول اولى فى قول الشيخين وفى قول محمد لا يعتبر الوقت فكانهما اقامتا على مطلق الملك فيكون بينهما (ولو برهن خارج وذو يد على ملك مطلق ووقت احدهما فقط فالخارج اولى) عند الطرفين (وعند

(ابى)

ابي يوسف) رهو رواية عن الامام (ذو الوقت اولى) نه اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احدهما كان صاحب التاريخ اولى * ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته (ولو كان المدعى في ايديهما او في يد ثالث والمسئلة بحالها) اي ادعى ذو اليد او الخارج واقاما البينة وارخت احدى البينتين (فهما سواء) عند الامام (وعند ابي يوسف الذي وقت اولى وعند محمد الذي اطلق اولى) وعلل صاحب الهداية بان دعوى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض * ولابي يوسف ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت يقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح باليقين ولابي حنيفة ان التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما لو اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشرى لانه امر حارث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ اه * لكن صوره في المسئلة الثانية وهي قوله واو في يد ثالث واما في المسئلة الاولى وهي قوله ولو في ايديهما فذكر ان يكون نظير قوله واو اقام الخارج وذو اليد على ملك مطلق الخ فقال في عقبه وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما اه * قال صاحب الايضاح وغيره في تفسيره بان اقام احدهما على ملك مورخ والآخر على مطلق الملك سقط التاريخ عندهما وعنده صاحب الوقت اولى اه * فبهذا التقرير ظهر مخالفة المصنف لما في الهداية تبع (وان برهن خارج وذو يد على ه النتاج) اي اقام كل منهما بينة (فذو اليد اولى) لان بينتهما قامتا على ما لا يدل عليه اليد فاستوتا في الاثبات وترجحت بينة صاحب اليد باليد فيقضى له به * ولا عبرة للتاريخ لان اولية الملك تستوعب كل تاريخ فلا يفيد ذكره من احدهما او منهما اتحد التاريخان او اختلفا ما لم يذكرا تاريخا مستحيلا بان لم يوافق سن المدعى والقياس ان يكون الخارج اولى وبه قال ابن ابي ليلى * وقال عيسى بن ابان تهاترت البينات ويترك في ذي اليد لا على وجه القضاء * وجه الاستحسان ما روى ٦ انه عليه السلام قضى لذي اليد بناقة بعدما اقام الخارج بينة انها ناقته نتجها واقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجها ولان اليد لا تدل على اولية الملك فكان مساويا للخارج فباثباتها يندفع الخارج وبينة صاحب اليد مقبولة للدفع (وكذا لو برهن كل على تلقي الملك من آخر وعلى النتاج عنده) اي لو تلقى كل واحد من الخارج وذي اليد الملك من رجل فكان هناك بائعان واقام البينة على النتاج عند من تلقى منه فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه فيقضى به لذي اليد كأن البائعين قد حضرا واقاما على ذلك بينة فانه يقضى ثمة لصاحب اليد كذلك ههنا كما في العناية (ولو برهن احدهما على الملك المطلق والآخر على النتاج فهو) اي صاحب النتاج (اولى) ايهما كان لان بينته قامت على اولية الملك صريحا فلا يثبت للآخر الا بالتلقي منه والآخر لم يتلق منه واوليته تثبت دلالة ولا عبرة بها مع الصريح (وكذا لو كانا خارجين) فبرهن احدهما على الملك المطلق والآخر على النتاج فبينة النتاج اولى لما بينا (ولو قضى بالنتاج لذي اليد ثم برهن ثالث على النتاج قضي له) اي للثالث (الا ان يعيد ذو اليد برهانه) لان بينة ذي اليد ما قامت على هذا

ه اختلف مشايخنا المتأخرون ان القضاء لذي اليد في باب النتاج قضاء ترك ام استحقاق * فعلى قول عامة مشايخنا قضاء استحقاق وعلى قول عيسى قضاء ترك * وفائدته تظهر في حق الاستحقاق عندنا يقضى لذي اليد قضاء استحقاق ولا يستحلف ذو اليد للخارج وعنده يستحلف ذو اليد للخارج كما في الغاية * وهنا ليس بصحيح فقد ذكر في خارجين اقام كل واحد منهما البينة على النتاج انه يقضى بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قال لكان ترك في يد ذي اليد كما في الكافي منه

٦ وفي البحر وهذا حديث صحيح مشهور فصارت مسئلة النتاج مخصوصة منه

المدعي وانما قامت على الاول فلم يصر الثالث مقضيا عليه بتلك القضية (كما لو برهن المقضى عليه بالملك المطلق على النتاج يقبل وينقض القضاء) اى لو ادعى ذو اليد والخارج الملك المطلق وبرهنا فقضى على ذى اليد بالملك ثم ان ذا اليد المقضى عليه لو اقام البينة على النتاج تقبل وينقض به القضاء الاول لانه بمنزلة النص فى دلالته على الاولية قطعا فكان القضاء واقعا على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص * وهذا استحسان * وفى القياس لا يقبل برهانه لصيرورته مقضيا عليه بالملك كما فى العناية * وفى البحر اطلق فشمل ما اذا برهن الخارج فقط على النتاج وقضى له ثم برهن ذو اليد يقضى له ويبطل القضاء الاول * ولو ادعى ذو اليد نتاجا ايضا ولم يبرهنا حتى حكم بها للمدعى بالنتاج ثم برهن المدعى عليه على النتاج لا ينتقض الحكم * ثم اعلم ان المقضى عليه فى حادثة لا تسمع دعواه بعده الا اذا برهن على ابطال القضاء او على تلقى الملك من المقضى له او على النتاج اه (وكل سبب لا يتكرر) اى فى الملك اذا ادعاه ذو اليد (فهو مثل النتاج) اى حكمه حكم النتاج فى جميع ما ذكرنا من الاحكام * وذلك (كنسج ثياب لا تنسج الا مرة) كما اذا ادعى رجل ثوبا انه ملكه نسجه وهو مما لا يتكرر نسجه وكما اذا ادعت غزل قطن انه ملكها غزلته بيدها (وكحلب اللبن) فانه مما لا يتكرر ايضا فاذا ادعى لبنا انه ملكه حلبه من شاته (واتخاذ الجبن) بان ادعى جبنا انه ملكه صنعه فى ملكه (واللبد) بان ادعى لبدا بانه صنعه من الصوف الذى هو ملكه (والمرعزى) وهى كالصوف تحت شعر المعز (وجز الصوف) ٧ بان ادعى صوفا مجزوزا انه ملكه جزه من شاته واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام عليه بينة فانه يقضى بذلك لذى اليد لانه فى معنى النتاج من كل وجه فيلحق به بدلالة النص (وما يتكرر) اى كل سبب يتكرر يقضى به للخارج (بمنزلة الملك المطلق) فلا يلحق بالنتاج (كنسج الخز) وهو اسم دابة ثم سمى الثوب المتخذ من وبره خزا فانه مما يتكرر لان الخز والصوف والشعر اذا بلى ينقض ويغزل مرة اخرى ثم ينسج فيحتمل ان ذا اليد نسجه ثم غصبه الخارج ونقضه ثم نسجه فيكون ملكا له بهذا الطريق فلم يكن فى معنى النتاج (وكالبناء) فانه مما يتكرر لانه يبنى ثم يهدم ثم يبنى (والغرس) لان النخل يغرس غير مرة (وزراعة البر والحبوب) لان البر قد يزرع فى الارض ثم يغربل التراب فيميز البر منه ثم يزرع ثانيا فلم يكن فى معنى النتاج وكذا كل ما يزرع مما يكال او يوزن * فاذا ادعى ثوبا انه ملكه من خزه او ادعى دارا انها ملكه بناها او ادعى غرسا انه ملكه غرسه او حنطة انها ملكه زرعها او حبا آخر من الحبوب واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام عليه بينة قضى به للخارج لما مر (وما اشكل) بحيث لا يتيقن بالتكرر وعدمه (يرجع فيه الى اهل الخبرة) لانهم اعرف به وقد قال الله تعالى فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون (فان اشكل عليهم) اى على اهل الخبرة (جعل كالمطلق) اى قضى به للخارج لان القضاء ببينة هو الاصل * وانما عدلنا عنه بخبر النتاج كما روينا فاذا لم يعلم يرجع على الاصل (وان برهن خارج على ملك مطلق وذو يد على الشراء منه) اى من الخارج بان كان عبد مثلا فى يد زيد وادعاه بكر بانه ملكه وبرهن عليه وبرهن زيد على

٧ فان قيل كيف يكون الجز فى معنى النتاج وهو ليس بسبب لاوليـة كوصف الملك فان الصوف على ظهر الشاة كان مملوكا له قبل الجز * قلنا نعم ولكنه كان كوصف الشاة ولم يكن مالا مقصودا الا بعد الجز * ولذا لم يجز بيعه قبله * وما تنازعا فيه مال مقصود * منه

الشراء منه (فهو) اى اليد (اولى) لان الخارج وان كان يثبت اولية الملك فذو اليد يتلقى الملك منه * ولا تنافى فيه فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه (وان برهن كل منهما) اى من الخارج وذى اليد (على الشراء من صاحبه ولا تاريخ) لهما (تهاترتا) اى سقطت البينتان (وترك المال فى يد ذى اليد) بغير قضاء عند الشيخين (وعند محمد) ان كان فى يد احدهما (يقضى) بالبينتين (للخارج) لامكان العمل بهما بجعل ذى اليد مشتريا من الخارج وقبضه ثم باعه منه ولم يقبضه فيؤمر بالدفع اليه لان تمكنه من القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس لان البيع قبل القبض لا يجوزه ولهما ان الاقرار بالشراء من صاحبه اقرار منه بالملك له فصار بينة كل منهما كانها قامت على اقرار الآخر * وفيه التهاتر بالاجماع لتعذر الجمع فكذا هذا كما فى التبيين (وان ارخا) اى الخارج وذو اليد (فى العقار بلا ذكر قبض وتاريخ الخارج اسبق قضى لذى اليد) عند الشيخين فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من ذى اليد وهو جائز فى العقار عندهما (وعند محمد) قضى (للخارج) اذ لا يصح عنده بيعه قبل القبض فبقى على ملكه * وفى التبيين وكان ينبغى ان يقضى به لذى اليد عنده ايضا فيجعل الخارج كانه قبضه ثم باعه من بائعه وهو ذو اليد تصحيحا للعقداه (وان اثبتا قبضا قضى لذى اليد اتفاقا) لان البيعين جائز ان على القولين لان الخارج باعه من بائعه بعد ما قبضه وذلك صحيح (وان كان وقت ذى اليد اسبق قضى للخارج فى الوجهين) فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر كما فى الهداية * لكن فى البحر وفى المبسوط ما يخالفه كما علم من الكافى وتمامه فيه * فليطالع قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية قالوا حاصل الكلام فى ضبط هذه الاقسام ان كان تاريخ احد المدعيين عند اقامتهما البينة سابقا فهو احق وان لم يكن سابقا بل كان مساويا بان ارخا موافقا او لم يؤرخا اصلا او ارخ احدهما وكان كل واحد منهما صاحب يد او كان كل منهما خارجا فى الملك المطلق او فى الملك بسبب فهما متساويان الا اذا تلقيا من واحد وارخ احدهما فهو احق وان كان احدهما صاحب يد والآخر خارجا فالخارج احق فى الملك المطلق عند التساوى فى التاريخ الا اذا ادعيا مع الملك فعلا بان قال هو عبدى اعتقته او دبرته فذو اليد احق بخلاف ما اذا قال كل واحد هو عبدى كاتبته فهما متساويان لكونهما خارجين اذ لا بد فى عقد الكتابة من اهلية العاقدين فاذا عقدا يكون العبد معتقا يدا فلا يتصور اليد عليه بخلاف المعتق فانه فى يد المولى اذا كان صغيرا او كبيرا لا يعرف عتقه ولو قال احدهما هو عبدى كاتبته وقال الآخر دبرته او اعتقته فهو اولى لان كل بينة يكون اكثر اثباتا فهو احق * هذا فى الخارج وذى اليد فى الملك المطلق * اما فى الملك بسبب فان ذكر الخارج وذو اليد سببا واحدا وتلقيا من واحد فذو اليد احق وان تلقيا من اثنين فالخارج احق عند التساوى فى التاريخ وان ذكرا سببين كالشراء والهبة وغير ذلك ينظر الى قوة السبب اه (ولا ترجيح بكثرة الشهود) لان الترجيح عندنا بقوة الدليل لا بكثرته حتى لو اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء اذ شهادتهما ليست اقل من

شهادتهم فى اثبات المدعى لان الاثنين علة تامة موجبة للحكم فالكثرة لا تصلح للترجيح * ولهذا لا ترجح الآية بآية اخرى ولا الخبر بالخبر وانما يرجح بقوة فيه بان كان احدهما متواترا والآخر من الآحاد او كان احدهما مفسرا والآخر محتملا فيرجح المفسر على المحتمل والمتواتر على الآحاد لقوة وصف فيه * وقيل يقضى لاكثرهما عددا الا ان القلب اميل الى قول الاكثر وكذا لا ترجيح بزيادة العدالة لان المعتبر فى الشاهد اصل العدالة وهى ليست بذى حد فلا يقع الترجيح بها خلافا لمالك (وان ادعى احد خارجين نصف دار والآخر كلها) وبرهنا على ذلك (فالربع للاول) عند الامام (وعندهما) للاول (الثلث والباقى للآخر) لان الامام اعتبر طريق المنازعة وهو ان صاحب النصف لا ينازع صاحب الكل فى النصف فسلم له النصف واستوت منازعتهما فى النصف الآخر فينصف النصف بينهما فلصاحب الكل ثلاثة ارباع ولصاحب النصف الربع * وهما اعتبرا طريق العول والمضاربة لان فى المسئلة كلا ونصفا فالمسئلة من اثنين وتعول الى ثلاثة ولصاحب الكل سهمان ولصاحب النصف سهم * هذا هو العول * واما المضاربة فان كل واحد يضرب بكل حقه فصاحب الكل له ثلثان من الثلاثة فيضرب الثلثين فى الدار وصاحب النصف له ثلث من الثلاثة فيضرب الثلث فى الدار فيحصل له ثلث الدار لان ضرب الكسور بطريق الاضافة فانه اذا ضرب الثلث فى الستة معناه ثلث الستة وهو اثنان * وفى البحر تفصيل * فليراجع (وان كانت) الدار (فى يديهما فكلها) اى كل الدار (المدعى الكل نصف بقضاء ونصف بلا قضاء) لان دعوى مدعى النصف منصرفة الى ما فى يده لتكون يده يدا محقة فى حقه لان حمل امور المسلمين على الصحة واجب فمدعى النصف لا يدعى شيأ مما فى يد صاحب الجميع فسلم النصف لمدعى الجميع بلا منازعة فبقى ما فى يده لا على وجه القضاء اذ لا قضاء بدون الدعوى واجتمعت بينة الخارج وذى اليد فيما فى يد صاحب النصف فتقدم بينة الخارج * ولو كانت فى يد ثلاثة فادعى احدهم كلها وآخر ثلثها وآخر نصفها وبرهنوا فهى مقسومة عنده بطريق المنازعة * وعندهما بالعول * وبيانه فى الكافى فليطالع (وان برهن خارجان على نتاج دابة وارخا قضى لمن وافق سنها تاريخه) لرجحانه بشهادة الحال * ولا فرق فى ذلك بين ان تكون الدابة فى ايديهما او فى يد احدهما او فى يد ثالث لان المعنى لا يختلف (وان اشكل) اى سنها بان لا يوافق التاريخين لعدم العلم (فلهما) اى يقضى لهما لعدم رجحان احد البرهانين (وان خالفهما) اى خالف السن التاريخين معا (بطلا) اى البرهانان لظهور كذب كل من الفريقين فتترك الدابة بغير قضاء فى يد صاحب اليد كما فى الهداية وغيرها * وفى التبيين والاصح انهما لا يبطلان بل يقضى بها بينهما ان كانا خارجين او كانت فى ايديهما وان كانت فى يد احدهما يقضى بها لذى اليد وتمامه فيه فليطالع (وان برهن احد الخارجين على غصب شئ والآخر على وديعته استويا) لان المودع اذا انكر الوديعة يصير غاصبا وبرهان الوديعة يتضمن انكار صاحب يده

فصل فى التنازع بالايدى

لما فرغ من بيان وقوع الملك بالبينة شرع فى وقوعه بظاهر اليد لما ان الاول اقوى ولهذا اذا

اقامت البينة لا يلتفت الى اليد فقال (لابس الثوب اولى من الآخذ بكمه والراكب احق من الآخذ باللجام ومن فى السرج احق من الرديف) اى لو تنازعا ثوبا احدهما لابس والآخر آخذ بكمه وغيره من الاطراف ولا بينة فاللابس اولى من الآخذ فى كونه صاحب اليد لانه متصرف ومستعمل * وكذا لو تنازعا دابة احدهما راكبها والآخر آخذ بلجامها فالراكب اولى فى كونه ذا يد اذ تصرفه اقوى * وكذا لو تنازعا دابة احدهما راكب بسرجها والآخر رديفه فالاول احق لان تمكنه من ذلك دليل على تقدم يده * وقيل هى بينهما على السواء (وصاحب الحمل اولى ممن علق كوزه عليها) اى اذا تنازعا فى دابة وعليها حمل لاحدهما وللآخر كوز فالاول اولى من كونه ذا يد لانه اكثر تصرفا فيها * ولا ترجيح بكثرة الحمل ان كانا حملاها وتنازعا كالاعبرة بكثرة الشهود * واذا اقاما بينة فى هذه الصور فبينة من كان فى حكم خارج اولى لما مر مرارا (والراكبان بلا سرج او) راكبان (فيه) اى فى السرج (سواء) لاستوائهما فى التصرف * ولو كان احدهما متعلقا بذنبها والآخر ممسكا بلجامها قالوا ينبغى ان يقضى بها لمن يمسك لجامها لانه لا يتعلق باللجام غالبا الا المالك بخلاف التعلق بالذنب (وكذا الجالس على البساط والمتعلق به) سواء اى اذا تنازعا فى بساط احدهما قاعد عليه والآخر متعلق به فهو بينهما نصفان لا على طريق القضاء لان الجلوس عليه ليس بيد فاستويا فى عدم اليد بخلاف الركوب واللبس لان المرء يصير بهما غاصبا لا بالجلوس * وكذا اذا كانا جالسين عليه فهو بينهما (ومن معه) اى وكذا ان كان (ثوب) فى يد رجل (وطرفه مع آخر) حيث ينصف بينهما وان كان يد احدهما فى الاكثر لان الزيادة ليست من جنس الحجة فان كل واحد منهما مستمسك باليد الا ان احدهما اكثر استمساكا ومثل تلك لا يوجب الرجحان * وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين مسئلة القميص لان الزيادة ليست من جنس الحجة فان الحجة هى اليد والزيادة هى الاستعمال كما فى العناية بخلاف جالسى الدار تنازعا فيها حيث لا يقضى بينهما لا بطريق الترك ولا بغيره لان الجلوس لا يدل على الملك (والحائط) وهو الجدار (لمن جذوعه عليه) اى على الحائط او اتصل ببنائه اتصال تربيع اتصال التربيع اتصال جدار بجدار بحيث يتداخل لبنات هذا الجدار فى لبنات ذلك * وانما سمى اتصال التربيع لانهما يبنيان ليحيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع * وان كان الجدار من خشب فالتربيع ان يكون ساج احدهما مركبا فى الآخر * واما اذا انقب وادخل فلا يكون مربعا * فلا عبرة به * ولا باتصال الملازقة من غير تربيع لعدم المداخلة فلا يدل على انهما بنيا معا (لا لمن له عليه ٨ هرادى) وهى خشبات توضع على الجذوع ويلقى عليها التراب فانها غير معتبرة * وكذا البوارى لانه لم يكن استعماله وضعا اذ الحائط لا يبنى لها بل للتسقيف وهو لا يمكن على الهرادى والبوارى كما فى الدرر (بل الجار ان فيه سواء) يعنى اذا تنازعا فى حائط ولاحدهما عليه هرادى وليس للآخر شئ فهو بينهما لان الحائط لا يبنى لاجلها بخلاف الجذوع (وان كان لكل) من الرجلين (عليه) اى على الحائط (ثلاثة جذوع فبينهما) لاستوائهما

٨ الهرادى بفتح الهاء وكسر الدال جمع هردى بكسر الهاء وسكون الراء وفتح الدال المهملتين و قصر الالف * وفى العناية جمع هردية وهى قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم منه

فى اصل العلة (ولا ترجيح بالاكثر منها) اى من الثلاثة يعنى ولا عبرة بالكثرة والقلة بعد ان يبلغ ثلاثا لان الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بيناه* واشترط ان يبلغ ثلاثا لان الحائط يبنى للتسقيف وذلك لا يحصل بما دون الثلاث فالبا فصار الثلاث كالنصاب له (وان كان لاحدهما ثلاثة) جذوع (وللآخر اقل منها) اى الحائط (لصاحب الثلاثة) استحسانا وهو قول الامام* والقياس وهو مروى عن الامام ان يكون بينهما نصفين لما بينا ان الترجيح بالقوة لا بالكثرة فيستويان* ووجه الاستحسان ان ما دون الثلاث حجة ناقصة اذ لا يبنى الحائط فيه دونه والحجة الناقصة لا تظهر بمقابلة الكاملة (وللآخر موضع خشبه) باتفاق الروايات لانا حكمنا بالحائط لصاحب الجذوع بالظاهر وهو يصلح بالدفع لا للاستحقاق فلا يؤمر بالقلع* ثم اختلف الروايات بعد ذلك فى انه هل يملك ذلك الموضع اولا * ذكر فى كتاب الدعوى ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع لان موضع جذعه مشغول بجذعه فيكون فى يده حقيقة باعتبار الاستعمال فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته او جود سبب الاستحقاق فيه* وصححه قاضيخان* وفى كتاب الاقرار ان الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع لان الحائط لا يبنى لاجل جذع او جذعين عادة وانما ينصب له اسطوانة فلا يحكم له بالملك* وفى المحيط وهو اصح وتمامه فى التبيين فليطالع (ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فلذى الاتصال) اى صاحب الاتصال اولى (وللآخر) اى لصاحب الجذوع (حق الوضع) وهذه رواية الطحاوى وصححه الجرجانى لان الحائطين بهذا الاتصال كبناء واحد فالقضاء ببعضه يصير قضاء بكله ثم يبقى للآخر وضع جذوعه لما بينا ولا فرق بين ان يكون الاتصال من جانب او من جانبين (وقيل لذى الجذوع) اى صاحب الجذوع اولى* ورجح السرخسى هذه الرواية لان له تصرفا فى الحائط ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى فى الدلالة على الملك وفى المحيط الايدى فى الحائط على ثلاث مراتب اتصال تربيع واتصال ملازقة ومجاورة ووضع جذوع ومحاذاة بناء فاوليهم صاحب التربيع ثم صاحب جزوع ثم صاحب المحاذاة (وذو بيت من دار كذى بيوت منها) اى من الدار (فى حق ساحتها) اى الساحة نصفان بينهما لاستوائهما فى الاستعمال وهو المرور فيها والتوضى وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك فصارت نظير الطريق بخلاف ما اذا تنازعا فى الشرب حيث يقسم بينهما على قدر اراضيهما (ولو ادعيا ارضا كل) منهما يدعى (انها) اى الارض (فى يده وبرهنا) كذلك (قضى بيدهما) لان اليد فيها غير مشاهد لتعذر احضارها والبينة تثبت ما غاب عن علم القاضى (فان برهن احدهما) فقط (او كان) احدهما (لبن فيها) اى فى الارض لبنا (او بنى) فيها (او حفر) فيها (قضى بيده) اما الاول فلقيام الحجة فان اليد حق مقصود واما فى الصور الباقية فلوجود التصرف والاستعمال * ولو قال او تصرف فيها بدل او كان لبن فيها او بنى او حفر لكان اشمل واقصر تدبر* ومن (فى يده صبى يعبر عن نفسه) اى يتكلم ويعلم ما يقول (قال انا حر) وانكر صاحب اليد (فالقول له) لانه ان كان يعبر عن نفسه فهو فى يد نفسه فلا يقبل دعوى احد عليه انه عبده

عند انكاره الابينة كالبالغ (وان قال) هذا الصبي (انا عبد فلان) وهو غير ذي اليد (فهو عبد لذي اليد) بالاجماع لانه لما اقر بكونه رقيقا فلا اقرانه ليس له استقلال ولا قدرة على نفسه فلا يعمل باقراره ويكون عبدا لذي اليد لا للخارج الا بالبينة * لا يقال ان الاقرار بالرق ضرر وكان الواجب ان لا يعتبر في حق الصبي لان الرق لم يثبت بقوله بل بدعوى ذي اليد لعدم المعارض وتمامه في التبيين * فليراجع (وكذا من لا يعبر عن نفسه) اذ هو بمنزلة المتاع فيكون ملكا لمن هو في يده ان ادعاه لعدم المعارض من يدعي نفسه حقيقة او حكما (فلو ادعى الحرية عند كبره لا يقبل بلا حجة) اى لو كبر وادعى الحرية فلا يقبل قوله لانه ظهر عليه الرق فلا ينقض ذلك الا ببينة

باب دعوى النسب

لما فرغ من بيان دعوى الاموال شرع في دعوى النسب لان الاول اكثر وقوعا فكان اهم ذكرا فقدمه (ولدت مبيعة لاقل من نصف سنة) قمرية (منذ بيعت فادعاه) اى الولد (البائع) اى بائع المبيعة ولو اكثر من واحد (فهو) اى الولد (ابنه) فيثبت نسبه من البائع بدعوته وان لم يصدقه المشتري لتيقن العلوق قبل البيع في ملكه مع دعوة لم تبطل بالبيع والمراد من المبيعة الجارية التي لا تباع الامرة كما هو المتبادر * فبهذا اندفع ما ١ قيل من انه واجب عليه ان يقول منذ بيعت وقد ملكها سنتين احترازا عما اذا بعت مرتين فولدت لاقل من ستة اشهر فانه حينئذ لم يتيقن ان العلوق في ملك البائع الاول او الثاني (وهي) اى الجارية (ام ولده) لان العلوق وقع في ملكه بيقين (ويفسخ البيع) لعدم جواز بيع ام الولد فيأخذ البائع المبيعة (ويرد الثمن) لعدم سلامة المبيع للمشتري (وان) وصلية (ادعاه) اى النسب (المشتري مع دعوته) اى البائع (او) ادعاه المشتري (بعدها) لان دعوة البائع دعوة استيلاد لكون اصل العلوق في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير اذ اصل العلوق لم يكن في ملكه والاول اقوى واسبق * هذا عندنا * وهو استحسان * لان العلوق لما اتصل بملكه كان ذلك على كونه منه شهادة ظاهرة حيث ان الظاهر عدم الزنى مع ان النسب مبناه على الخفاء فيعفى فيه التناقض * والقياس وهو قول زفر والائمة الثلاثة دعوته باطلة * لان البيع اعتراف منه بانها امته وبالدعوة يكون مناقضا واذا بطلت دعواه لم يثبت النسب بدون الدعوة الا ان يصدقه المشتري * اما لو ادعى المشتري اولا ثم ادعاه البائع لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض كاعتاقه اذ يحتمل على ان المشتري نكحها واستولدها ثم اشتراها (وكذا) يثبت النسب من البائع (لو ادعاه) اى البائع (بعد موت الام او عتقها) اى ان ماتت الام ثم ادعاه البائع وقد ولدت لاقل يثبت النسب من البائع ويأخذ الولد لان الاصل في ثبوت النسب هو الولد لا الام * ولذا تضاف الام اليه ويقال ام الولد * وتستفيد الام الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها فالثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى فلا يضره فوات التبع * وكذا لو ادعى البائع الولد المولود لاقل من نصف سنة اعتاق المشتري الام يثبت نسبه ويحكم بحريته لا في حق الام فلا تصير ام الولد للبائع لان دعوته ان صحت في حق الام بطل اعتاق المشتري والعتق بعد وقوعه لا يحتمل البطلان (ويرد حصته)

١ قائله ابو المكارم منه

اى حصة الولد (من الثمن فى العتق) اى يقسم الثمن على قيمتى الولد والام ويرد ما اصاب الولد من القيمة يوم الولادة دون ما اصاب الام من القيمة يوم القبض (و) يرد (كل الثمن فى الموت) عند الامام لانه تبين انه باع ام ولده ومالية غير متقومة عنده فى العقد والغصب فلا يضمنها المشترى (وقالا) يرد (حصته فيهما) اى فى العقد والموت لانها متقومة عندهما فيضمنها * فعلى ما ذكره يكون رد حصته من الثمن لا حصتها متفقا عليه * انما الخلاف فى الموت * لكن فى الدرر وغيره اذا اعتق المشترى الام او دبرها يرد البائع على المشترى حصته من الثمن عندهما * وعنده يرد كل الثمن فى الصحيح كما فى الموت * كذا ذكر فى الهداية فعلى هذا ان الخلاف ثابت فيهما على ما اختاره صاحب الهداية * والمصنف اختار ما ذكر فى المبسوط حيث قال يرد حصته من الثمن لا حصتها بالاتفاق وفرق على هذا بين الموت والعتق بان القاضى كذب البائع فيما زعم حيث جعلها معتقة من المشترى فبطل زعمه ولم يوجد التكذيب فى فصل الموت فيؤاخذ بزعمه فيسترد بحصتها ايضا كما فى الكافى (ولو ادعاه) البائع (بعد موته) اى بعد موت الولد (او عتقه ردت) دعواه لعدم حاجته الى النسب بعد الموت * وكذا بعد عتقه لما ذكر ان الولد هو الاصل (ولو ولدت) الجارية المبيعة (لاكثر من نصف سنة واقل من سنتين) منذ بيعت (ان صدقه المشترى) الدعوة (فالحكم كالاول) يعنى يثبت نسبه وامية ويفسخ البيع ويرد الثمن عندنا خلافا لزفر والشافعى على مامر (والا) اى وان لم يصدقه المشترى (فلا يثبت) النسب لاحتمال ان لا يكون العلوق فى ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه فاذا صدقه فقد رضى باسقاط حقه فيثبت النسب (وان ولدت لاكثر من سنتين) منذ بيعت (لا تصح دعوته) لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه وهو الاصل (فان صدقه المشترى) البائع (ثبت نسبه) اى نسب الولد (وحمل على النكاح ولا يرد البيع ولا يعتق الولد) ولا تصير الامة ام ولد لحدوث العلوق بعد البيع ولا يستند على ما قبله حتى لزم بطلان بيعه والامة ام ولد لبائعه بملك نكاح بان ملكها ثم باعها فاستولدها بالنكاح حملا لامره على الصلاح (وان باع عبدا ولد عنده) اى عند البائع وكان العلوق ايضا عنده (ثم ادعاه بعد بيع مشتريه) من آخر (صحت دعوته) ويكون هو ابنه (ورد بيع مشتريه) لان اتصال العلوق بملكه كالبينة والبيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع لاجله (وكذا) الحكم (لو كاتبه) اى الولد (المشترى او كاتب) المشترى (امه او رهن الولد او امه (او آجر) الولد او امه (او زوجها) اى الام (ثم كانت الدعوة صحت) اى دعوته (ونقضت هذه التصرفات) لان هذه العوارض يحتمل النقض فينتقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير لانهما لا يحتملان النقض على مامر (ولو باع احد ٢ توأمين ولدا عنده فاعتقه مشتريه ثم ادعى البائع) التوأم (الآخر ثبت نسبهما) منه لانهما خلقا من ماء واحد (وبطل عتق المشترى) اذ ثبوت نسب احدهما يستلزم نسب الآخر * هذا اذا كان اصل العلوق فى ملك البائع * وان لم يكن فى ملكه يثبت نسبهما منه عند

٢ التوأمان والدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فيكونان من ماء واحد اذ لا يتصور علوق الثانى حادثا اذ لا حبل اقل من ستة شهر والعلوق على العلوق متعذر لانها اذا حبلت ينسد الرحم كما مر فى باب الحيض منه

تصديق المشتري ولا يبطل عتق المشتري ولا ينقض بيع البائع لان هذه دعوة تحرير فيقتصر على محل ولايته (ومن في يده صبي) لا يعبر عن نفسه (لو قال هو ابن زيد) او هو ابن عبد فلان الغائب (ثم قال هو ابني لايكون ابنه) اى ابن ذى اليد (وان) وصلية (جحد زيد بنوته) عند الامام لان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقى فتمتنع دعوته واذا صدقه زيد او لم يدر تصديقه ولا تكذيبه لم تصح دعوة المقر عندهم (وعندهما يصح ان جحد) زيد بنوته وهو ابن ذى اليد لان الاقرار ارتد بالرد فصار كأن لم يكن * والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض * وفي الدرر نقلا عن العمادية ولو قال لصبي هذا الولد مني ثم قال ليس مني ثم قال هو مني يصح اذ الاقرار بانه مني تعلق حق المقر والمقر له * اما حق المقر له فانه يثبت نسبه من رجل معين حتى ينتفي كونه مخلوقا من ماء الزنى فاذا قال ليس هذا الولد مني لا يملك ابطال حق الولد فاذا عاد الى التصديق يصح * ولو قال هذا الولد مني ثم قال ليس مني لا يصح النفي لان النسب ثبت واذا ثبت لا ينتفي بالنفي * هذا اذا صدقه الابن * اما بغير التصديق فلا يثبت النسب لانه اقرار على الغير بانه جزء منه * لكن اذا لم يصدقه الابن ثم عاد الى التصديق ثبت النسب لان اقرار الاب لم يبطل بعدم تصديق الابن فثبت النسب * ولو انكر الاب الاقرار فاقام الابن البينة انه اقر انى ابنه تقبل * والاقرار بانه ابني مقبول لانه اقرار على نفسه بانه جزؤه * اما الاقرار بانه اخوه لا يقبل لانه اقرار على الغير (ولو كان الصبي (في يد مسلم وذمي فادعى المسلم رقه) وادعى (٣ الكافر بنوته فهو حر ابن الكافر) لان الاسلام مرجح انما كان * والترجيح يستدعي التعارض * ولا تعارض ههنا لان النظر للصبي واجب ونظره فيما ذكرنا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية اذ ليس في وسعه اكتسابها وتمامه في العناية * فليطالع * قيل مسلم ايضا حالا بحكم الاسلام لا عبد المسلم * هذا اذا ادعيا معا وان سبق دعوى المسلم كان عبداله وان ادعيا البنوة كان ابن المسلم لحصول الاسلام حالا (ولو كان) الصبي (في يد زوجين فزعم) الزوج (انه ابنه من غيرها وزعمت) الزوجة (انه ابنها من غيره فهو) اى الولد (ابنهما) لان كلا منهما اقر للولد بالنسب وهو في ايديهما ثم يريد كل منهما ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه * والمراد من الصبي الصبي الغير المعبر والا فهو لمن صدقه (فالو استولد مشتراته) يعني لو اشترى امة فولدت منه وادعاه (ثم استحقت) الامة بدعوى مستحق (فالولد حر) وكذا اذا ملكها بسبب آخر غير الشراء اى سبب كان كالارث والهبة والوصية * وكذا اذا تزوجها على انها حرة فولدت له فاستحقت كما في اكثر المعتبرات * فعلى هذا لو قال ولو ملك امة باى سبب كان لكان اشمل (وعلى الاب قيمته) اى قيمة الولد باجماع الصحابة ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه ورقيقا في حق مدعيه نظرا لهما (يوم الخصومة) لانه يوم المنع كولد المغصوبة (فان مات الولد) قبل الخصومة اذ بعد الخصومة يغرم لتحقق المنع منه (فلا شئ على ابيه) لانعدام

٣ والمراد من الكافر هنا الذمي بحكم دار الاسلام فذكره لكونه في مقابلة المسلم * ومن ذكر الذمي فقد اوضح * (منه)

المنح (وتركته له) اى تكون تركة الولد ميراثا لابيه سواء كان قبل الخصومة او بعدها لكونه حر الاصل اذ الولد فى حياته احق بماله فيكون الاب احق بعد وفاته لانه خلفه (وان قتله الاب غرم قيمته) لتحقق المنع من الاب بقتله (وكذا ان قتله غيره) اى غير الاب (فاخذ ديته) اى اخذ الاب مقدار قيمة الولد لان سلامة بدله كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا (ورجع) المشترى (بقيمته) اى قيمة الولد التى ضمنها (وبالثمن) اى ثمن الجارية (على بائعه) لان البائع ضمن له سلامة الولد لكونه جزء المبيع اذ الغرور يشمل سلامة جميع اجزاء المبيع (لا) يرجع (بالعقر) الذى اخذه المستحق لانه بدل استيفاء منفعة البضع وهى ليست من اجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامنا لسلامته * وعند الائمة الثلاثة يرجع بالعقر ايضا ولو باعها المشترى من آخر فاستولدها الثانى ثم استحقت رجع المشترى الثانى على البائع الثانى بالثمن وبقيمة الولد والمشترى الاول على البائع الاول بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة الولد عند الامام * وقالا يرجع عليه بقيمة الولد ايضا * وفى الدرر ادعى العصوبة وبين النسب وبرهن الخصم ان النسب بخلافه ان قضى بالاول لم يقض به والا تساقطا للتعارض وعدم الاولوية برهن انه ابن عمه لابيه وامه وبرهن الدافع انه ابن عمه لامه فقط او على اقرار الميت به اى بانه ابن عمه لامه فقط كان دفعا قبل القضاء بالاول لا بعده لتأكده بالقضاء بخلاف الاول * ادعى ميراثا بالعصوبة فدفعه ان يدعى خصمه قبل الحكم اقراره * مفعول يدعى بانه من ذوى الارحام اذ يكون حينئذ بين كلاميه تناقض اه

كتاب الاقرار

مناسبته بالدعوى لان حال المدعى عليه دائر بين الاقرار والانكار والى الاقرار اقرب لان الغالب فى حال المسلم الصدق (هو) لغة الاثبات من قر الشئ قرارا اذا ثابت * ومنه ثابت القدم لمن قر * ويقال اقره اقرارا اذا اقامه * هذا فى الحسى * واما فى القول يقال اقر به اذا اظهر بالقول وشرعا (اخبار) اى اعلام بالقول * فلو كتب او اشار ولم يقل شيأ لم يكن اقرارا * ويدخل فيه ما اذا كتب الى الغائب اما بعد فله على كذا فانه كالقول شرعا كما فى القهستانى (٤ بحق) اى بما يثبت ويسقط من عين وغيره * لكنه لا يستعمل الا فى حق المالية فيخرج منه ما دخل من حق الثغر ونحوه (لآخر على نفسه) اى لغير المخبر على المخبر * اما لنفسه على آخر فهو دعوى ولآخر على آخر فهو شهادة * وفى ما قاله ابو المكارم من ان التعريف منقوض باقرار الوكيل فى حق الموكل كلام لنيابته منابه شرعا * والدليل على حجيته ٥ الكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول وشرطه الحرية والعقل والبلوغ * وركنه ان يقول المقر لفلان على كذا (ولا يصح) الاقرار (الا لمعلوم) اى لشخص معلوم لان المجهول لا يصلح مستحقا * وفى المنح واما جهالة المقر له فانعة من صحته ان تفاحشت كلواحد من الناس على كذا والا كلاحد هذين على كذا * ولا يجبر على البيان ولكل منهما ان يحلفه وفى الدرر وان لم تفحش بان اقر بانه غصب هذا العبد من هذا او من هذا فانه لا يصح عند شمس الائمة السرخسى لانه اقرار للمجهول وانه لا يفيد * وقيل يصح وهو الاصح وتمامه فيه * فليطالع (وحكمه) اى الاقرار (ظهور

٤ قوله بحق لآخر كالجنس يتناول الدعوى والشهادة وقوله على نفسه كالفصل يخرجهما منه

٥ اما الكتاب فقوله تعالى وليملل الذى عليه الحق فقط امر من عليه الحق بالاملاء عليه والاملاء ليس الا الاقرار * واما السنة فهى حديث ماعز كما سبق * واما الاجماع فهو ان المسلمين اجمعوا على جواز الاقرار * واما المعقول فهو ان الخروج عما وجب على الانسان واجب عليه وربما لا يمكن الخروج عنه الا بالاقرار فثبت انه حجة * منه

المقر به) اى المخبر به للمقر له عليه (لا انشاؤه) اى لا اثبات المقر به له بهذا اللفظ * ولذا قالوا ان المقر له اذا علم ان المقر كاذب فى اقراره ثم اخذه منه لم يحل له ديانة الا ان اخذه عن طيب نفسه فانه تمليك مبتدأ * وانما لم يكتف بالاثبات عن النفى وجمعهما مبالغة فى رد ما قال بعض المشايخ ان الاقرار انشاء * وانما اطلق اشارة على ان تصديق المقر له لم يشترط وان ارتد برده * ولو صدقه ثم رده لم يصح الرد * ولو رده ثم اعاد اقراره صح الاقرار كما فى القهستانى * وقد فرع على كون حكم الاقرار ظهور المقر به لا انشاؤه بقوله (فصح الاقرار بالخمر للمسلم) ولو كان الاقرار انشاء لما صح لان المسلم لا يصح له تمليك الخمر * وفى المحيط لو اقر بخمر للمسلم يصح ويؤمر بتسليمها اذا طلب استردادها * ولو اقر بخمر مستهلك لمسلم لا يصح لانه لا يجب للمسلم بدل الخمر (لا) يصح الاقرار (بطلاق وعتاق مكرها) لقيام دليل الكذب وهو الاكراه * ولو كان انشاء لصح لان طلاق المكره واعتاقه واقعان عندنا (واذا اقر حر) وانما شرط الحرية ليصح اقراره مطلقا لان العبد المحجور عليه يتأخر اقراره بالمال الى ما بعد العتق * كذا المأذون فيما ليس من باب التجارة كالمهر او وطئ امرأة تزوجها بغير اذن مولاه والجناية الموجبة للمال لان الاذن لا يتناول الا التجارة فلم يكن مسلطا عليه بخلاف ما اذا اقر بالحدود والقصاص (مكلف) لان اقرار المجنون والمعتوه والصبى العاقل لا يصح لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبى والمعتوه مأذونا له فى التجارة فيصح اقراره كما هو من ضرورات التجارة كالدين والوديعة والعارية والمضاربة والغصب دون ما ليس منها كالمهر والجناية والكفالة لدخول ما كان من باب التجارة تحت الاذن دون غيره * والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم التمييز * واقرار السكران جائز مطلقا اذا كان سكره بطريق محظور * الا اذا اقر فيما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة لله وان سكر بطريق مباح كالشرب مكرها * وكذا شرب المتخذ من الحبوب والعسل عندهما خلافا لمحمد (بحق معلوم او مجهول كشئ وحق) اى قال لفلان على شئ او حق (صح) اقراره لان جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا لا يدرى او جرح جراحة لا يدرى ارشها (ولزمه) فيما اقر بمجهول (بيان المجهول) حتى لو امتنع اجبره القاضى على بيانه (بما له قيمة) لانه اخبر عن الواجب فى ذمته وما لا قيمة له لا يجب كحبة من الحنطة فلا يقبل قوله بل يحمل على الرجوع فيجبر على البيان * وفى المحيط ولو قال لفلان على حق ثم قال عنيت به حق الاسلام او الجار لا يصدق الا اذا قال ذلك موصولا لانه بيان باعتبار العرف خلافا للائمة الثلاثة (والقول قوله) اى قول المقر (مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر) مما بينه المقر بلا برهان لانكاره الزيادة والقول للمنكر * وفى المنح تفصيل فليراجع * وفى القهستانى لو انكر الاقرار بمجهول واريد اقامة البينة عليه لم تقبل لان جهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة * وتمامه فى الجواهر والتحفة (و) فى قوله له على (مال لا يصدق فى اقل من درهم) لان ما دونه من الكسور لا يطلق عليه اسم المال عادة وهو المعتبر خلافا للائمة الثلاثة (و) لزم فى قوله على (مال عظيم نصاب مما بين به فضة او غيرها)

لان النصاب عظيم بجعل صاحبه غنيا *هذا قولهما ورواية عن الامام* وعنه انه يصدق فى عشرة دراهم لانها مال عظيم حتى تقطع بها اليد ويستباح البضع * قيل الاصح على قول الامام ان ينظر الى حال المقر فى الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم والكثير عند الغنى ليس بعظيم *وهو فى الشرع متعارض فان المأتين فى الزكاة عظيم وفى السرقة والمهر العشرة عظيمة فيرجع الى حال المقر(ومن الابل خمس وعشرون) اى لزم فى قوله على مال عظيم من الابل خمس وعشرون ابلا لانه اول نصاب تجب فيه الزكاة من جنسه فهو عظيم من وجه دون وجه *والمطلق ينصرف الى الكامل *وفى المنح وان قال غصبت ابلا كثيرة او بقرا كثيرة او غنما كثيرة ينصرف الى اقل نصاب يؤخذ منه ماهو من جنسه عندهما وهو خمسة وعشرون من الابل والثلاثون من البقر والاربعون من الغنم * وعنده يرجع الى بيان المقر(ومن البر خمسة اوسق) لانه المقدر بالنصاب عندهما *وعند الامام يرجع الى بيان المقر *وقول المصنف مابين الى هنا لايخلو عن التشويش يظهر لك عند التأمل(ومن غير مال الزكاة) لزمه(قيمة النصاب) فلا يصدق فى اقل من مقدار النصاب قيمة فى غير مال الزكاة كالحمار والبغل لان قدر قيمته عظيم ايضا و عن الامام انه مقدر بعشرة دراهم كما فى الاختيار(و) لزم فى له على (اموال عظام ثلاثة نصب) من اى مال كان * فسره به لان اقل الجمع ثلاثة فلا يصدق فى اقل منه للتيقن به (و) فى (دراهم ثلاثة) بالاجماع اعتبارا لادنى الجمع(و) فى(دراهم كثيرة عشرة) عند الامام لانها اقصى ماينتهى اليه اسم الجمع(وعندهما نصاب) وهو مائتا درهم لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه ٦ مواساة غيره بخلاف مادونه *وعلى هذا الخلاف اذا قال على دنانير كثيرة عندهما ينصرف الى النصاب *وعنده الى العشرة *وكذا اذا قال على ثياب كثيرة فعنده عشرة وعندهما يلزمه مايساوى مأتى درهم * ولو قال على مال نفيس او كريم او خطير او جليل قال الناطفى لم اجده منصوصا عليه وكان الجرجانى يقول يلزمه مائتان (و) لو قال له على(كذا درهما) لزم(درهم) لان كذا مبهم ودرهما تفسير له * وفى التتمة والذخيرة يلزمه درهمان لان كذا كناية عن العدد واقل العدد اثنان لان الواحد ليس بعدد وفى شرح المختار قيل يلزمه عشرون* وهو القياس لان كذا يذكر للعدد عرفا واقل عدد غير مركب يذكر بعده الدراهم بالنصب عشرون ولو ذكره بالخفض روى عن محمد يلزمه مائة * ولو قال له على درهم عظيم يلزمه درهم واحد* ولو قال على دريهم يلزمه درهم تام لان التصغير قد يذكر على سبيل الاستقلال فلا ينقص عن الوزن* والمعتبر هو الوزن المعتاد فى كل زمان ومكان(و) لو قال بلا واو له على (كذا كذا) درهما لزم (احد عشر) درهما لان كذا كناية عن العددين بالاضافة وهو من احد عشر الى تسعة عشر فيحمل على الاقل لتيقنه * وعند الشافعى يلزمه درهم(وان ثلث) اى قال بلا واو له على كذا كذا كذا درهما (فكذلك) اى يلزمه احد عشر ايضا لانه لانظير له فى الفاظ العدد فحمل الاخير على التكرار او التأكيد (و) لو قال له على(كذا وكذا) بحرف العطف لزم(احد وعشرون) درهما لانه فصل

٦ المواسات الاحسان

بينهما بحرف العطف واقل ذلك من العدد المفسر احدو عشرون واكثره تسعة وتسعون فالاول يلزمه من غير بيان والزيادة تقف على بيانه * وعند الشافعي يلزمه درهما (وان ثلث لفظ كذا بالواو (زيدمائة) اى يلزمه مائة واحدو عشرون لانه اقل مايعبر عنه بثلاثة اعداد مع الواو (وان ربع) لفظ كذا مع تثليث الواو (زيد الف) على مائة واحدو عشرون لانه اقل مايعبر عنه باربع اعداد مع الواو فيحمل على الاقل المتيقن دون الاكثر اذ الاصل في الذمم البراءة ولو خمس يزاد عشرة آلف ولو سدس يزاد مائة الف ولو سبع يزاد الف الف وكلما زاد عدد معطوفا بالواو زيد عليه ماجرت العادة به الى مالا يتناهى كما في البحر (و كذا كل مكيل وموزون) في جميع ماذكر من الصور (وبشرك في عبد) يعني اذا قال له شرك في هذا العبد (فهو نصف عند ابي يوسف) لان الشرك بمعنى الشركة وهي تنبي عن التسوية (وعند محمد يؤمر بالبيان) لان الشرك يجئ بمعنى النصيب وهو مجمل فعليه بيانه بماشاء * وفي التسهيل والفتوى على قول ابي يوسف (وقوله على او لا قبلى اقرار بدين) اى لو قال له على او قال له قبلى فهو اقرار بدين لان على للوجوب * ولفظ قبلى يستعمل في الضمان كما مر في الكفالة و*٨ في القدورى انه امانة والاول اصح في الهداية وغيرها (فان وصل به) اى قال المقر بلاتراخ (هو وديعة صدق) لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه ٩ والمال محله فيكون من قبيل ذكر المحل وارادة الحال مجازا فيصدق موصولا كما في الهداية وغيرها * وفي المنح ولكنه خلاف الظاهر فلا ينصرف اليه عند الاطلاق ويجوز تفسيره به متصلا لانه يحتمله مجازا (وان فصل لا) يصدق كالاستثناء والتخصيص (و) لو قال (عندى او) قال (معى او) قال (في بيتى او في صندوقى او كيسى) فهو (اقرار بامانة) لان هذه المواضع محل للعين لا للدين اذ الدين محله الذمة والعين تحتمل ان تكون مضمونة والامانة ادناهما فيحمل عليهم * وهذا لان كلمة عند للظرف ومع للقران وما عداهما لمكان معين فيكون من خصائص العين ولا يحتمل الدين لاستحالة كونه في هذه الاماكن كما في المنح (ولو قال لمن ادعى عليه الفا اتزنها) امر معناه خذ بالوزن الواجب لك على * وانما انث الضمير مع ان الالف من العدد اعتبار الدراهم (او انتقدها او اجلنى بها او قد قضيتكها او ابرأتنى منها او وهبتها لى او تصدقت بها على او احلتك بها فقد اقر) الالف لان الهاء كناية عن المذكور في الدعوى في جميع ذلك فصار كأنه اعاد المدعى فيكون اقرارا بها الا اذا تصادقا انه على سبيل الاستهزاء او شهد الشهود بذلك * اما اذا ادعى انه قال مستهزئا لم تقبل منه (وبلا ضمير لا) اى لا يكون اقرارا بها كما اذا قال اتزن او انتقد لانه لا دليل حينئذ على انصرافه الى المذكور فيكون كلاما مبتدأ فلا يلزمه شئ * والاصل فيه ان الجواب ينتظم باعادة الخطاب ليفيد الكلام فكل ما يصلح جوابا ولا يصلح ابتداء يجعل جوابا ومايصلح للابتداء لا للبناء او يصلح لهما فانه يجعل ابتداء فان ذكر هاء الكناية يصلح جوابا لا ابتداء واذا لم يذكر الهاء لا يصلح جوابا او يصلح جوابا وابتداء فلا يكون اقرارا بالشك * وفي المحيط ولو قال لى عليك الف فقال نعم يكون اقرارا * ولو ١٠ اومى برأسه لا لان الاشارة لا تقوم مقام الكلام

٧ وتفصيله ان قوله قبلى اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظم الدين والامانة حتى قيل لاحق لى قبل فلان يصير ابراء عن الدين والامانة جميعا فيثبت اقلهما فهو الامانة والاول اصح * منه

٨ بل وقع في القدورى وان قال له على او قبلى فقد اقر بدين * فان قال عندى او معى فهو اقرار بامانة في يده منه

٩ قوله والمال محله الضمير في محله راجع الى حفظ المضمون * منه

١٠ وفي التنوير والايماء بالرأس من القادر على الكلام ليس باقرار بمال وعتق وطلاق وبيع ونكاح واجارة وهبة بخلاف الاسلام والافتاء والنسب والكفر منه

من غير الاخرس * ولو قال رجل لآخر اعطني ثوب عبدي هذا فقال نعم كان اقرارا منه بالعبد والثوب له * ولو قال اعطني سرج دابتي هذه او لجامها او افتح باب داري او جصصها فقال نعم كان ذلك اقرارا * لان كلمة نعم لا تستقل فلا بد من جعلها على الجواب كما لا يصير اقرارا * وفي المنح رجل قال لغيره اقرضتك مائة درهم فقال لا اعود لها او قال لا اعود بعد ذلك فهو اقرار * ولو قال ما استقرضت من احد سواك او قال من احد غيرك او قال ما استقرضت من احد قبلك او قال ما استقرضت من احد بعدك لم يكن اقرارا * قال اليس لي عليك الف درهم فقال المخاطب في جوابه بلى فهو اقرار له بالالف * وان قال نعم لا يكون اقرارا وتمامه فيه فليراجع (ولو اقر بدين مؤجل وقال المقر له هو حال لزمه) اي المقر حال كون الدين (حالا) لانه اقر بحق على نفسه وادعى لنفسه حقا فيه فيصدق في الاقرار بلا حجة دون الدعوى كما لو اقر بعبد في يده انه لفلان استأجره منه فصدقه المقر له في الملك لا الاجارة (وحلف المقر له على الاجل) لكونه منكرا * وعند الشافعي في قول واحد لزمه مؤجلا مع يمينه * وفي التنوير بخلاف ما لو اقر بالدراهم السود فكذبه في صفتها حيث يلزمه اي المقر ما اقر به فقط كاقرار الكفيل بدين مؤجل (ولو قال) له (علي مائة ودرهم فالكل دراهم) فيلزمه مائة درهم ودرهم ١١ استحسانا عندنا لوقوع درهم تفسيرا للمائة المبهمة * والقياس ان يرجع في تفسير المائة اليه وهو قول الشافعي (وكذا كل ما يكال او يوزن) يعني لو قال له علي مائة وقفيز حنطة يلزمه مائة قفيز حنطة (ولو قال) له علي (مائة وثوب او) قال له علي (مائة وثوبان لزمه تفسير المائة) فيلزمه ثوب واحد في الاولى وثوبان في الثانية بالاتفاق لانها مبهمة والثوب عطف عليها لا تفسير لها لان المعطوف لم يوضع لتفسير المعطوف عليه ولم يكن من قبيل الاكتفاء كما في مائة ودرهم (وان قال) له علي (مائة وثلاثة اثواب فالكل ثياب) فيلزمه اثواب في الكل لانه ذكر عددين مبهمين وذكر عقيبهما مميزا بلا واو فينصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير كعدد واحد بالاقتران (ولو اقر بتمر في قوصرة) وهي وعاء من خوص وغيره ويقال وعاء التمر منسوج من قصب * وفي الجوهرة القوصرة بتشديد الراء وتخفيفها وعاء التمر يتخذ من قصب وانما سمي قوصرة مادام فيها التمر والا فهي زنبيل (لزماه) اي التمر والقوصرة معا لان غصب الشيء المعدد لا يتحقق بدون الظرف * وكذا الطعام في السفينة والجوالق * بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة او من سفينة او من جوالق لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع (او) اقر (بخاتم لزمه الحلقة والفص) لاطلاق الاسم على جميع الاجزاء * ولهذا يدخل الفص في بيعه من غير تسمية (او) اقر (بسيف فالنصل) اي لزمه حديده (والجفن) اي غلافه (والحمائل) وهي علاقة السيف لان اسم السيف يطلق على الكل (او) اقر (بحجلة) بفتحتين (فالكسوة) اي لزمه الكسوة (والعيدان) لاطلاق الاسم على الكل عرفا لانه بيت مزين بالاسرة والثياب والستور * وقيل بيت يتخذ من خشب وثياب اسمه خركاه او وثاق (وان) اقر (بدابة في اصطبل لزمه الدابة فقط) عند الشيخين لان غصب الاصطبل لا يتحقق لعدم امكان النقل لكونه محلا

١١ وفي الاصلاح وجه القياس ان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير لها فبقيت المائة على ابهامها كما في الثاني * ووجه الاستحسان وهو الفرق انهم يستثقلون تكرار الدرهم فيما يكثر استعماله وذلك في الاثمان والمكيل والموزون وفيما عداه بقي على الحقيقة * منه

(للغير)

للغير فلا يكون تابعا لها * وعلى قياس قول محمد رضي الله عنهما لان غصب غير المنقول يتحقق عنده * وعلى هذا الطعام في البيت (و) ان اقر (بثوب في منديل لزماه) لان المنديل ظرف للثوب (وكذا) ان اقر (بثوب في ثوب) لزم الظرف كالمظروف لان الاقرار بالمظروف لا يتحقق بدون ظرفه (وان) اقر (بثوب في عشرة اثواب لزمه ثوب واحد عند ابي يوسف) وهو قول الامام اولا لان كلمة في تستعمل في البين والوسط * قال الله تعالى فادخلي في عبادي بمعنى بين عبادي * فوقع الشك فلم تثبت الظرفية ولان العشرة لا تكون ظرفا لواحد عادة والممتنع عادة كالممتنع حقيقة فيحمل على بيان محله كما لو قال غصبت سرجا على فرس فانه اقرار بغصب سرج فيكون ذكر الفرس بيانا للمحل (و) لزمه (احد عشر عند محمد) لانه قد يجوز ان يلف الثوب النفيس في عشرة اثواب فصار كقوله حنطة في جوالق * وفي التبيين ما قاله محمد منقوض بما اذا قال غصبت كرباسا في عشرة اثواب حرير يلزمه الكل عنده مع انه ممتنع عرفا (و) لو قال) له (على خمسة في خمسة لزمه خمسة وان) وصلية (نوى ١٢ الضرب) المصطلح عليه عند الحساب لان المقر به خمسة مضروبة والخمسة اذا ضربت بخمسة تكثر اجزاؤها لا عينها يكثر ويبلغ خمسة وعشرين وقال زفر عشرة وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون كما في الاصلاح (وبنية مع يلزم عشرة) اى لو قال له اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة بالاتفاق اذ اللفظ يحتمله (وفي قوله على من درهم الى عشرة او ما بين درهم الى عشرة يلزمه تسعة) فيهما عند الامام لان الغاية لا تدخل تحت المغيا لكن الاولى تدخل هنا بالضرورة لان الدرهم الثاني والثالث لا يتحقق بدون الاول (وعندهما) والائمة الثلاثة يلزمه (عشرة) لان الغاية لا بد ان تكون موجودة اذ المعدوم لا يصلح ان يكون حدا للموجود فوجوده بوجوبه فتدخل الغايتان * وعند زفر يلزمه ثمانية وهو اعتبر الحدين خارجين * وهو القياس لان بعض الغايات يدخل وبعضها لا فلا يدخل بالشك (وان قال له من داري ما بين هذا الجدار الى هذا الجدار فله ما بينهما فقط) بالاجماع لوجوده بلا انضمام شئ بخلاف قوله على ما بين الواحد الى العشرة اذ ليس للبين وجود مستقل لتوقفه على الواحد فظهر الفرق بينهما (وصح الاقرار بالحمل) المحتمل وجوده وقت الاقرار بان اقر بحمل جارية او شاة لرجل يصح اقراره بالاتفاق بلا بيان سببه (وحمل على الوصية من غيره) بيانه ان يوصي زيد بحمل جاريته او شاته لبكر ومات واقر وارثه بان هذا الحمل لبكر (و) صح الاقرار (للحمل ١٣ ان بين) المقر (سببا صالحا) يتصور للحمل (كارث) بان قال ان مورث الحمل مات فورثه الحمل واستهلكت من ماله المورث الفا مثلا (او وصية) بان قال ان مورثي اوصى في حياته بحمل فلانة الفا مثلا لانه بين سببا صالحا في الصورتين وهو الارث والوصية (فان ولدت) الحامل ولدا (حيا لاقل من نصف حول منذ اقر فله) اى للحمل (ما اقر به) المقر لانه كان موجودا وقت الاقرار بيقين (وان) ولدت ولدين (حيين فلهما) اى فالمال بينهما على السوية ان كانا ذكرين او انثيين وان كان احدهما ذكرا والآخر انثى فكذلك في الوصية ١٤ وفي الارث للذكر مثل حظ الانثيين * وفي القهستاني

١٢ وتفصيله ان عمل الضرب تكثير في اجزاء المال لازالة الكسر لا تكثير في المال اذ خمس خمسة واحدة وخمساها اثنان وثلاثة اخماسها ثلاثة واربعة اخماسها اربعة وخمسة اخماسها خمسة فلم يزد اصل الخمسة عددا ولا وزنا * منه

١٣ قوله ان بين سببا يتعلق بالاقرار للحمل * منه

١٤ قوله وفي الارث للذكر مثل حظ الانثيين ليس على الاطلاق بل اذا لم يكونا من اولاد ام الميت لما صرحوا من ان ذكورهم واناثهم في القسمة والاستحقاق سواء * منه

وفيه اشارة الى ان الام لوكانت معتدة فولدت لاقل من سنتين من موت احدهما استحق الولد ما اقر لانه كان فى البطن والى انه لو لم تكن معتدة بل ذات زوج فولدت لاكثر من ستة اشهر لم يستحق (وان) ولدت ولدا (ميتا فللموصى والمورث) اى يرد المال الى ورثة الموصى والمورث لان هذا الاقرار فى الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد ولادته ولم ينتقل فيكون لورثتهما (وان فسر ببيع او اقراض) اى ان فسر المقر الاقرار بسبب غير صالح بان قال انه باع منى هذه الدار بكذا او اقرضنى او وهب منى كذا لا يلزمه شئ اذا لا يتصور شئ منه من الجنين (١٥ او ابهم) المقر (الاقرار) بلا بيان سبب اصلا بان قال على لحمل فلانة كذا (لغا) اى يكون اقراره لغوا فلا يلزمه شئ ايضا عند ابى يوسف لان وجوه فسادها كثر كالبيع والشراء والاقراض والهبة من وجوه جوازه كالارث والوصية مع ان الحمل على الجواز متعذر اذا لجمع بينهما غير متصور وليس احدهما بان يعتبر سببا اولى من الآخر فتعين الفساد خلافا لمحمد لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح* وفى التنوير والاقرار للرضيع صحيح وان بين سببا غير صالح منه حقيقة كالاقراض (وان اقر بشرط الخيار) بان قال له على الف درهم قرض او غصب او عارية قائمة او مستهلكة على انى بالخيار ثلاثة ايام (لزمه المال وبطل الشرط) لان الاقرار اخبار والاخبار لا يقبل الخيار* وزاد صاحب المنح قوله وان صدق المقر له لا عبرة بتصديقه الا ان اقر بعقد بيع وقع بالخيار له فانه يصح الاقرار ويثبت الخيار اذا صدقه المقر له او اقام عليه بينة الا ان يكذبه المقر له فلا يثبت الخيار وكان القول قول المقر له كاقراره بدين بسبب كفالة على انه بالخيار فى مدة ولو كانت طويلة فانه يجوز ان صدقه المقر له وفى الغرر اشهدا على الف فى مجلس وآخران فى آخر لزم الفان* الامر بكتابة الاقرار اقرار* احد الورثة اقر بالدين قيل يلزمه كله وقيل حصته لكن الفتوى فى زماننا بالاول* وفى التنوير اقر ثم ادعى المقر انه كاذب فى الاقرار يحلف المقر له انه لم يكن كاذبا عند ابى يوسف وبه يفتى (وسيأتى انشاء الله فى مسائل شتى ١٦) وكذا لو ادعى وارث المقر* وان كانت الدعوى على ورثة المقر له فاليمين عليهم بالعلم انا لا نعلم انه كان كاذبا وفى المنح اذا قال ذواليد ليس هذا لى او ليس ملكى او لا حق لى فيه او ليس لى فيه حق او ما كان لى او نحو ذلك ولا منازع له حين ما قال ثم ادعى ذلك احد فقال ذواليد هو لى صح ذلك منه والقول قوله وهذا التناقض لا يمنع* اقر لرجل بعين لا يملكه صح اقراره حتى لو ملكه يوما من الدهر يؤمر بالتسليم الى المقر له* طلب الصلح عن الدعوى لا يكون اقرارا وطلب الصلح عن المدعى يكون اقراره ابرأنى من الدعوى ليس باقراره ابرأنى من هذا المال اقرار* الاقرار بشئ محال باطل وتمامه فيه* فليطالع

١٥ وفى التبيين وحاصله ان المسئلة ثلاث صور اما ان ابهم الاقرار فهو على الخلاف واما ان بين سببا صالحا فيجوز بالاجماع واما ان بين سببا غير صالح فلا يجوز بالاجماع منه*

١٦ ما بين القوسين ليس فى التنوير لعله من الشارح * منه

باب الاستثناء وما فى معناه

لما ذكر موجب الاقرار بلا تغيير شرع فى بيان موجبه مع التغيير وهو الاستثناء وما فى معناه فى كونه مغيرا للسابق كالشرط ونحوه والاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا باعتبار الحاصل من مجموع التركيب ونفى باعتبار الاجزاء* هذا عندنا* وعند الشافعى اخراج بعد الدخول بطريق المعاوضة* وهذا مشكل فان الاستثناء جائز فى الطلاق والعتاق ولو كان

(اخراجا)

اخراجا لما صح لانهما لا يحتملان الرجوع والرفع بعد الوقوع كما في التبيين وشرط في الاستثناء الاتصال بالمستثنى منه ١٧ الا اذا انفصل عنه لضرورة نفس او سعال او اخذ فم فانه لا يقطع الاتصال كما مر في الطلاق والنداء بينهما لا يضر كقوله لك علي الف درهم يا فلان الا عشرة بخلاف لك الف فاشهدوا الا كذا ونحوه مما يعد فاصلا فان الاستثناء لا يصح معه كما في المنح * وفيه اشارة الى انه لو استثنى منفصلا عن اقراره لا يصح لانه يؤدي الى الرجوع عن الاقرار والرجوع عنه غير جائز مطلقا فيلزمه ما اقر (صح استثناء بعض ما اقر به لو) كان الاستثناء (متصلا) باقراره (ولزمه باقيه ١٨) لان الاستثناء مع الجملة اي الصدر عبارة عن الباقي لان معنى قوله علي عشرة الا درهما معنى قوله علي تسعة سواء استثنى الاقل او الاكثر وهو قول الاكثر لورودهما في كلام الله تعالى وهو المذهب كما في التبيين وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لم تتكلم بذلك وهو مذهب زفر * وفي النهاية ولا فرق بين استثناء الاقل او الاكثر وان لم يتكلم به العرب ولا يمنع صحته اذا كان موافقا لطريقهم كاستثناء الكسور ولم يتكلم به العرب وهو الصحيح * ولا فرق بين ان يكون الاستثناء مما لا يقسم او مما يقسم حتى اذا قال هذا العبد لفلان الا ثلثه او قال الا ثلثيه صح (وبطل استثناء الكل) وان ذكره موصولا فيلزمه كله لانه لا يكون بيانا للكلام بل يكون رجوعا عن اقرار وهو غير جائز كما في اكثر المعتبرات * وقال صاحب المنح مقتضى هذا الكلام صحة استثناء الكل من الكل فيما يقبل الرجوع وليس كذلك * ومن هذا قال في تنويره والاستثناء المستغرق باطل ولو فيما يقبل الرجوع كوصية أن كان بلفظ الصدر او مساويه وان بغيرهما كعبيدي احرار الا هؤلاء او الا سالما وغانما وراشدا وهم الكل صح الاستثناء وتفصيله مامر في الطلاق * وفي شرح المجمع ان استثناء الكل من الكل انما يبطل اذا كان بعين لفظ المستثنى منه واما اذا كان بغيره فصحيح كما لو قال ثلث مالي لزيد الا الفا وثلث ماله الف فيصح الاستثناء ولا يكون لزيد شيء كما مر في الطلاق وفي الجوهرة واختلفوا في استثناء الكل فقال بعضهم هو رجوع لانه يبطل كل الكلام * وقال بعضهم هو استثناء فاسد وليس برجوع وهو الصحيح انتهى (وان اقر بشيئين واستثنى احدهما او احدهما وبعض الآخر بطل استثناؤه) يعني لو قال له علي كر حنطة وكر شعير الا كر حنطة وقفيز شعير فاستثناء كر وقفيز باطل عند الامام (خلافا لهما) اي قالا يصح استثناء القفيز لانه كلام متصل لان قوله الا كر حنطة استثناء صحيح لفظا الا انه غير مقيد واذا كان كلاما متصلا كان استثناء القفيز متصلا فيصح * وله ان استثناء الكر باطل اجماعا فكان لغوا فكان قاطعا للكلام الاول فيكون الاستثناء منقطعا * وانما صورناها بتقديم الكر لانه لو قدم القفيز بان قال الا قفيز شعير وكر حنطة يصح استثناء القفيز اتفاقا لعدم الفاصل كما في شرح المجمع وغيره * فعلى هذا الطلاق المصنف ليس بمحله بل يلزم التفصيل تأمل (وان استثنى بعض احدهما) بان قال له علي كر حنطة وكر شعير الا قفيز حنطة او الا قفيز شعير (او بعض كل منهما) بان قال له علي كر حنطة وكر شعير الا قفيز حنطة وقفيز شعير (صح اتفاقا) في الصورتين لعدم تخلل القاطع في الاولى * وفي الثانية ان قوله الا

١٧ تحقيقه انه لا حكم فيما بعد الا بل سكوت عند عدم القصد كمسئلة الاقرار في قوله علي عشرة الا ثلاثة لفهم ان الغرض الاثبات فقط * ففي الثلاثة اشارة لا عبارة واثبات السبعة عكسه وعند القصد يثبت لما بعدها نقيض ما قبلها ككلمة التوحيد نفي واثبات قصدا * منه

١٨ كقوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه او انقص منه قليلا او زد عليه وقوله تعالى لاغوينهم اجمعين الا عبادك منهم المخلصين ثم قال ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين استثنى المخلصين تارة والغاوين اخرى فانهما كان اكثر لزمه وقال الشاعر ادوا التي نقصت تسعين من مائة * ثم ابعثوا حكما بالعدل حكاما * استثنى تسعين من مائة ولو لم يكن باداته لانه في معناه * منه

قفيز حنطة استثناء صحيح مفيد فلا يكون قاطعا فصح العطف عليه فيلزمه كر حنطة وكر شعير الا قفيز حنطة وقفيز شعير كما في الاختيار (ولو استثنى كيليا اووزنيا اوعدديا متقاربا من دراهم) بان قال له على مائة درهم الا قفيز بر اوالا دينارا اوالا مائة جوز (١٩ صح بالقيمة) استحسانا عند الشيخين ولزمه مائة درهم الا قيمة القفيز اوالدينار اوالجوز لان الاستثناء اخراج البعض من المستثنى منه من حيث المعنى اذ المقدرات جنس واحد معنى ولو اجناسا صورة لانها تثبت في الذمة ثمنا فكانت جنسا واحدا في حكم الثبوت في الذمة * والقياس ان لا يصح هذا الاستثناء وهو قول محمد وزفر * ومن هذا قال (خلافا لمحمد) لان الاستثناء اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثناء لكان داخلا تحت الصدر * وهذا لا يتصور في خلاف الجنس (ولو استثنى منها) اى من الدراهم (شاة اوثوبا اودارا بطل اتفاقا) لان ذلك القدر لا يفيد الاتحاد الجنسي بل لابد من وصف الثمنية ولو معنى * وقال مالك والشافعي يجوز في كل واحد من الكيلي والوزني والعددي لتحقق المجانسة من حيث المالية فيطرح قدر قيمة المستثنى ولزمه الباقي * وفي التنوير واذا استثنى عددين بينهما حرف الشك كان الاقل مخرجا نحو له على الف درهم الا مائة او خمسين فيلزمه تسعمائة وخمسون على الاصح * واذا كان المستثنى مجهولا يثبت الاكثر نحو له على مائة درهم الا شيأ او قليلا او بعضا لزمه احد وخمسون وتمام المسئلتين في شرحه فليطالع (ومن وصل باقراره ان شاء الله بطل اقراره) لان التعليق بمشيئة الله ابطال عند محمد فيبطل قبل انعقاده للحكم وتعليق بشرط لا يوقف عليه عند ابي يوسف فكان اعداما من الاصل كما في الدرر وغيره * لكن في العناية خلافه * لانه قال ومن قال لفلان على مائة درهم ان شاء الله لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال كما هو مذهب ابي يوسف اوتعليق كما هو مذهب محمد كما قررناه في الطلاق * فتلزم المنافاة الا ان يحمل على اختلاف الروايتين (وكذا ان علقه بمشيئة من لا تعرف مشيئته كالملائكة والجن) اى ان شاء الجن او الملائكة لانه لا تعرف مشيئتهم فلا يقع عليه شئ لان الاصل براءة الذمم فلا يثبت بالشك * وفي البحر وكذا بمشيئة فلان ان شاء * وكذا كل اقرار علق بشرط على خطر ولم يتضمن دعوى اجل كان قال ان حلفت فلك ما ادعيت به وان بشرط كائن فتنجيز كعلى الف درهم ان مت لزمه قبل الموت * وان تضمن دعوى الاجل كاذا جاء رأس الشهر فلك على كذا لزمه للحال ويستحلف المقر له في الاجل (ولو اقر بدار واستثنى بناءها) بان قال هذه الدار لزيد والبناء لنفسي (كانا) اى الدار والبناء جميعا (للمقر له) لان البناء داخل في الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في اللفظ فلم يصح بخلاف استثناء البيت من الدار كاستثناء ثلثها لان اجزاء الدار داخلة تحت الدار فصح استثناؤه * وعند الائمة الثلاث يصح استثناء البناء منها (ولو قال) المقر (بناؤها لى والعرصة) اى البقعة (له كان) الحكم او الاقرار (كما قال) بان يكون البناء له والعرصة للمقر له لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فصار كأنه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لى وارضها لفلان حيث يكون

١٩ قوله صح بالقيمة اى سواء استغرقت القيمة جميع ما اقر به اولا لانه استغراق بغير المساوى بخلاف قوله له على دينار الا مائة درهم لا ستغراقه بالمساوى فيبطل لانه يصير استثناء الكل من الكل وهو تصرف فاسد كما في البحر * منه

البناء ايضا لان الارض كالدار فيتبعها البناء بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لزيد والارض لعمرو حيث يكون الكل منهما ما اقر له به (وفص الخاتم ونخل البستان كبنائها) وكذا طوق الجارية لان دخول الفص في الخاتم بالتبعية * وكذا دخول النخل في البستان فلا يصح الاستثناء * بخلاف ما لو قال الحلقة لفلان والفص لي او الارض له والنخل لي يصح (وان قال له علي الف) درهم (من ثمن عبد) اشتريته منه (لم اقبضه) اي العبد الجملة صفة عبد (فان عينه) اي المقر العبد بان ذكر عبدا بعينه وصدقه المقر له في شرائه وعدم قبضه (قيل للمقر له سلم) العبد الى المقر (وتسلم) امر من التفعل خذ ثمنه منه (ان شئت) فان سلم المقر له العبد المعين بان يحضره بين يديه يلزم على المقر الالف بهذا القيد لانه اقر له بالف على صفة فيلزمه على الصفة التي اقر بها وان لم يسلم العبد الى المقر لا يلزمه الالف اجماعا وهذه المسئلة على وجوه احدها ما ذكر هنا * والثاني ان يقول المقر له القن قنك ما بعته وانما بعتك قنا غيره والحكم فيه كالاول * والثالث ان يقول القن قني ما بعتكه وحكمه ان لا يلزم على المقر شيء * والرابع ان يقول القن قني ما بعتكه وانما بعتك غيره وحكمه ان يتحالفا لانهما اختلفا في المبيع * وهو يوجب التحالف وتمامه في الدرر * فليراجع (وان لم يعينه) اي المقر العبد ولم يصدقه المقر له في عدم قبضه (لزمه) اي المقر (الالف ولغا قوله لم اقبضه) عند الامام لانه رجوع بعد الاقرار فلا يصح لا موصولا ولا مفصولا وبه قال زفر والحسن * وعندهما ان وصل صدق ولا يلزمه شيء وان فصل فانكر المقر له سبب الوجوب لم يصدق وان صدقه المقر له لانه بيان تغيير فيصح موصولا لا مفصولا وبه قالت الائمة الثلاثة (ولو قال) له علي الف (من ثمن خمر او خنزير لا يصدق) عند الامام وصل او فصل ولزمه الالف (وعندهما) والائمة الثلاثة (ان وصل صدق) في المسئلتين ولا يلزمه الالف على ما مر آنفا ولو قال له علي الف وهو حرام او ربوا فهي لازمة له لاحتمال ان يكون هذا حلالا عند غيره * ولو قال زورا او باطلا ان صدقه المقر له فلا شيء عليه وان كذبه لزمه كما في التبيين (ولو قال) له علي الف (من ثمن متاع او اقرضني وهي) اي الالف (زيوف او نبهرجة) او ستوقة او رصاص (لزمه الجياد) لان البيع او القرض يقع على الجياد فلا يجوز التفسير بضدها * هذا عند الامام لانه رجوع عن اقراره وصل او فصل (و قالا يلزمه ما قال ان وصل) لما مر من انه بيان تغيير فيصدق موصولا لا مفصولا * وبه قالت الائمة الثلاثة (وان قال) له علي الف (من غصب او وديعة وهي زيوف او نبهرجة صدق) اتفاقا وصل او فصل فيلزمه ما اقر به لان الغصب لا يقتضي السلامة * وكذا الوديعة لان الشخص يغصب ما يجده ويودع ما يملكه فلا يكون رجوعا بل بيانا للنوع فصدق مطلقا (ولو قال) له علي الف من غصب او وديعة وهي (ستوقة او رصاص فان وصل صدق) لانه بيان تغيير (والا فلا) اي وان فصل لا يصدق لانهما ليسا من جنس الدراهم الا ان اسم الدراهم يتناولهما بطريق المجاز فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل (ولو قال غصبت ثوبا وجاء بمعيب) اي بثوب معيب (صدق) المقر مع الحلف ان لم يثبت الخصم سلامته لما مر ان الغصب غير

مختص بالسليم كالوديعة (ولو قال) له (على الف الا انه ينقص مائة صدق ان وصل والا لزم الالف) لما مر ان الاستثناء يجوز متصلا لا منفصلا (ولو قال) المقر (اخذت منك الفا وديعة فهلكت) في يدى من غير تعد (وقال المقر له) بل (اخذتها) منى حال كونها (غصبا ضمن) المقر ما اقر باخذه له لانه اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم انه ادعى ما يوجب البراءة وهو الاذن بالاخذ والآخر ينكر فالقول قوله مع يمينه بخلاف ما اذا قال له المقر له بل اخذتها قرضا حيث يكون القول للمقر لانهما تصادقا على ان الاخذ حصل باذنه وهذا لا يوجب الضمان على الآخذ الا باعتبار عقد الضمان فالمالك يدعى عليه العقد وذلك ينكر فالقول قول المنكر (ولو قال) المقر (بدل اخذت اعطيتني لا يضمن) المقر لانه لم يقر بما يوجب الضمان بل اقر بالاعطاء وهو فعل المقر له فلا يكون مقرا على نفسه بسبب الضمان والمقر له يدعى عليه سبب الضمان وهو ينكر فالقول قوله (ولو قال غصبت هذا الشيء من زيد لا بل من عمرو فهو) اى الشيء (لزيد وعليه) اى المقر (قيمته لعمرو) لان قوله من زيد اقرار له ثم قوله لا رجوع عنه فلا يقبل * وقوله بل لعمرو اقرار منه لعمرو * وقد استهلكه بالاقرار لزيد فيجب عليه قيمته لعمرو * ولو قال له على الف لا بل الفان يلزمه الفان استحسانا * وفي القياس يلزمه ثلاثة آلاف وهو قول ذفر * ولو قال غصبته عبداً اسود لا بل ابيض لزمه عبد ابيض * ولو قال غصبته ثوبا هرويا لا بل مرويا لزماه * وكذا له على كر حنطة لا بل كر شعير لزماه * ولو قال لفلان على الف درهم لا بل لفلان لزمه المالان * ولو قال له على الف لا بل خمسمائة لزمه الالف * والاصل في ذلك ان لا بل متى تخللت بين المالين من جنسين لزماه * وكذلك من جنس واحد اذا كان المقر له اثنين فاذا كان واحدا والجنس واحد لزم اكثر المالين وتمامه في الاختيار * فليراجع * وفي التنوير ولو قال الدين الذي لي على فلان لفلان او الوديعة التي عند فلان هي لفلان فهو اقرار له وحق القبض للمقر ولكن لو سلم الى المقر له برئ (ولو قال) لآخر (هذا الشيء) (كان لي وديعة عندك فاخذته وقال الآخر هو لي دفع اليه) اى الى الآخر لان المقر اقر باليد له ثم بالاخذ منه وهو سبب الضمان ثم ادعى استحقاقه عليه فلا تقبل دعواه فوجب عليه رد عينه قائما او قيمته هالكا ثم يقيم البينة على صدق دعواه ان قدر (وان قال آجرت فرسي او ثوبي هذا فلانا فركبه) اى الفرس (او لبسه) اى الثوب (ورده) اى رد الفرس او الثوب (على) وقال فلان بل هما لي (او اعرته او اسكنته داري ثم ردها) اى الدار (على صدق) يعني القول قول المقر في ذلك عند الامام استحسانا لان اليد في الاجارة والاعارة تثبت ضرورة استيفاء المنافع فيكون اليد عدما فيما عدى الضرورة فالاقرار له باليد لا يكون مطلقا بخلاف الوديعة والقرض لان اليد فيهما مقصودة فيكون الاقرار بهما اقرارا لهما باليد (وعندهما) وعند الائمة الثلاثة (القول) مع يمينه (للمأخوذ منه) وهو القياس لان المقر اعترف بيد المقر له ثم ادعى عليه الاستحقاق فيقبل اقراره له دون دعواه عليه فيجب عليه الرد ثم يقيم على صدق دعواه بينة ان قدر (ولو قال) لآخر (خاط ثوبه هذا بكذا ثم قبضته

(منه)

منه وادعاه الآخر) اى قال الثوب ثوبى (فعلى هذا الخلاف) اى يصدق القابض عند الامام لا عندهما (فى الصحيح) احتراز عن قول بعضهم ان القول قول المقر بالاجماع * وفى الاسرار الاختلاف اذا لم يكن الدابة او الثياب معروفة للمقر ولو كانت معروفة كان القول قوله وفاقا (ولو قال) له (اقتضيت) اى قبضت (من فلان الفا كانت لى عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر فلان فالقول له) فله ان يأخذها منه * وهذا اظهر لان القابض قد اقر بانه ملكه وانه اخذ منه اقتضاء بحقه وهو مضمون عليه اذ الديون تقضى بامثالها فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى عليه ما يبرئه من الضمان وهو تملكه عليه بما يدعيه من الديون مقاصة والآخر ينكره فالقول للمنكر (ولو قال زرع فلان هذا الزرع او بنى هذا الدار او غرس هذا الكرم لى استعنت به) اى بفلان (فيه) اى فى الزرع او البناء او الغرس وذلك كله فى يد المقر (وادعى فلان ذلك) اى قال الملك ملكى وفعلت ذلك لنفسى لا بالاعانة لك ولا باجر منك كما زعمت (فالقول للمقر) لانه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك فى ملك فى يد المقر وصار كما قال خاط لى الخياط قميصى هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما انه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا فى يد المقر كذا هذا ولو قال ان هذا اللبن او هذا السمن او هذا الجبن من بقرة فلان او هذا الصوف من غنمه او هذا التمر من نخلته وادعى فلان انه له امر بالدفع اليه لان الاقرار بملك الشئ اقرار بما يتولد منه لانه يملك بملك الاصل كما فى التبيين

باب اقرار المريض

افرده فى باب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح واخره لان المرض بعد الصحة (دين صحته) اى المريض (وما لزمه) اى المريض (فى مرضه) اى فى مرض الموت (بسبب معروف) كبدل ما ملكه بالاستقراض او بالشراء او ما بينهما الشهود او اهلك مالا او تزوج بمهر مثلها وما بينهما الناس (سواء) لانه لما علم سببه انتفى التهمة فى الاقرار به فصار كالدين الثابت بالبينة فى مرضه (ويقدمان) اى دين الصحة وما لزمه فى مرضه بسبب معروف (على ما اقر به فى مرضه) ولو كان المقر به وديعة كما فى البحر * هذا عندنا * وعند الائمة الثلاثة الدينان سواء لانه اقرار لا تهمة فيه لانه صادر عن عقل والذمة قابلة للحقوق فى الحالين * ولنا ان حق غرماء الصحة تعلق بمال المريض مرض الموت فى اول مرضه لانه عجز عن قضائه من مال آخر فالاقرار فيه صادف حق غرماء الصحة فكان محجورا عنه ومدفوعا به (والكل) اى كل واحد من دين الصحة ودين المرض بسبب معلوم ودين المرض الثابت بمجرد الاقرار فالكل افرادى فانه اكثر استعمالا كما فى القهستانى (مقدم على الارث) وان احاط الديون المذكورة بجميع ماله * والقياس ان لا ينفذ الا من الثلث لكن ترك بالاثر وهو قول ابن عمر اذا اقر المريض بدين جاز ذلك فى جميع تركته والاثر فى مثله كالخبر لانه من المقدرات فلا يترك بالقياس فصار المقر له اولى من الورثة ولان حق الورثة تعلق بالتركة بشرط الفراغ عن حاجته وقضاء دينه من حوائجه الاصلية ككفنه (ولا يصح تخصيصه) اى المريض (غريما) من الغرماء (بقضاء ٢٠ دينه) اى ليس للمريض ان يقضى دين بعض الغرماء دون بعض ولو

٢٠ وما قاله ابو المكارم من ان الظاهر ترك الضمير ليس بسديد لانه يرجع الى الغريم اى لا يصح تخصيصه غريما بقضاء دين ذلك الغريم * منه

اعطاء مهر وايفاء اجرة لان فيه ابطال حق الباقين الااذاقضى مااستقرض فى مرضه اونقد ثمن مااشترى فيه وقد علم ذلك بالبينة *بخلاف مااذالم يؤد حتى مات فان البائع اسوة للغرماء اذا لم تكن العين فى يده * واذا اقربدين ثم بدين تحاصا ٢١ وصل اوفصل ولو اقربدين ثم بوديعة تحاصا وعلى القلب الوديعة اولى *واقراره ببيع عبده فى صحته وقبض الثمن مع دعوى المشترى ذلك صحيح فى البيع دون قبض الثمن الابقدر الثلث * بخلاف اقراره بان هذا العبد لفلان فانه كالدين *ولواقر بقبض دينه ان كان دين الصحة يصح مطلقاسواء كان عليه دين الصحة اولا وان كان دين المرض ان كان عليه دين الصحة لايصح والانفذ من الثلث الافى اقراره باستيفاء بدل الكتابة فنافذ كما فى البحر وابراؤه مدونه وهو مديون غير جائز ان كان اجنبيا وان كان وارثا فلايجوز مطلقا وقوله ولم يكن لى على هذا المطلوب شئ صحيح قضاء لاديانة كما فى التنوير وفى المنح قالت فيه ليس لى على زوجى مهر اوقال فيه لم يكن لى على فلان شئ ليس لورثته ان يدعوا عليه شيأ فى القضاء وفى الديانة لايجوز هذا الاقرار *ولو اقر الابن فيه انه ليس له على والده شئ من تركة امه صح بخلاف مالو ابرأه اووهبه *و كذالو اقر بقبض ماله منه وتمامه فيه فليطالع (ولا) يصح (اقراره) اى المريض بدين اوعين (٢٢لوارثه) عنداقراره * وعندالشافعى فى القول الاصح يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه فصار كالاقرار لاجنبى وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث *ولناقوله عليه السلام لاوصية للوارث ولا اقرار له بالدين لانه ضرر لبقية الورثة (الاان يصدقه) اى المريض (بقية الورثة) لان عدم الصحة كان لحقهم فاذا صدقوه فقد اقروا بتقدمه عليهم فيلزمهم و كذا لوكان له دين على وارثه فاقر بقبضه لايصح الاان يصدقه البقية *و كذالو رجع فيماوهبه منه فى مرضه اوقبض ماغصبه منه اورهنه عنده اواسترد المبيع فى المبيع الفاسد *و كذا لايجوز ذلك لعبد وارثه ولامكاتبه لانه يقع لمولاه ملكا اوحقا * ولو صدرت هذه الاشياء منه للوارث وهو مريض ثم برئ ثم مات جاز ذلك كله لانه لم يكن مرض الموت فلم يتعلق به حق الورثة كما فى الاختيار * وفى التنوير اقرفيه لوارثه يؤمر فى الحال بتسليمه الى الوارث فاذامات يرده وفى القنية تصرفات المريض نافذة وانما تنقض بعد الموت (وان اقر) المريض (لاجنبى صح) لعدم التهمة (ولو) وصلية (احاط) اقراره اى استغرق (بماله) لمابينا (ولواقر) المريض (لاجنبى ثم اقر انه ابنه ثبت نسبه) لان النسب من الحوائج الاصلية ولاتهمة فيه (و بطل اقراره) لان دعوة النسب تستند الى زمان العلوق فيظهر ان البنوة ثابتة زمان الاقرار فبطل الاعندالشافعى فى الاصح ومالك لايبطل اذالم يتهم (وان اقر) المريض لاجنبية اى لامرأة اجنبية (ثم تزوجها لايبطل اقراره) لها *وقال زفر يبطل لانها وارثة عندالموت فتحصل التهمة ولنا انه اقر وليس بينهما سبب التهمة فلايبطل بسبب يحدث بعده ولهذا قال فى البحر وغيره والعبرة لكونه وارثا وقت الموت لاوقت الاقرار الااذا صار وارثا بسبب جديد كالتزويج وعقد الموالاة وفى التنوير بخلاف اقراره لاخيه المحجوب اذازال حجبه

٢١ اى اقتسما حصصهما * منه

٢٢ وفى البحر ولوادعى المقرله ان الاقرار كان فى الصحة وكذبه بقية الورثة فالقول لهم *ولواقاما لبينة فبينة المقرله اولى وان لم تكن له بينة فله ان يحلف الورثة * منه

وصار غير محجوب فانه لايصح* اقر فيه انه كان له على ابنته الميتة عشرة قد استوفيتها ولمقرابن ينكر ذلك صح اقراره كمالو اقر لامرأته في مرض موته بدين ثم ماتت قبله وترك وارثا * وقيل لايصح (ولو اوصى لها) اى لاجنبية شيأ (ثم تزوجها بطلت) الوصية لانها تمليك مضافا الى مابعد الموت وهى وارثة في هذا الوقت فتبطل (ولو وهبها) اى لاجنبية (ثم تزوجها فلا رجوع) هذا مخالف لعامة المتون والشروح* قالوا في هذا المحل ان الهبة المذكورة باطلة كالوصية لان الهبة في المرض وصية فعلى هذا لو قال ولو اوصى لها او وهبها ثم تزوجها بطلت لكان اخصر واولى والعجب من المصنف قد نطق بالحق في كتاب الوصايا حيث قال وتبطل هبة المريض ووصيته لاجنبية نكحها بعدها وغفل ههنا الا ان يقال انه يمكن الجواب من طرف المصنف بان المراد بقوله فلا رجوع البطلان لانه اذا كانت الهبة باطلة يجرى عليها الرجوع فذكر عدم الرجوع واراد البطلان *وفي التنوير ولو اقر لمن طلقها ثلاثا فيه او في المرض فلها الاقل من الارث والدين *هذا اذا طلقها بسؤالها وان طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغا مابلغ ولايصح الاقرار لها (وان اقر) رجل (بغلام) اى ولد فيشمل البنت (مجهول النسب) في بلده وفيها وهو المراد من مجهول النسب في كل موضع على ما في القنية *لكن في اكثر الكتب ان يجهل نسبه في مولده فان عرف نسبه فيه فهو معروف النسب (يولد) صفة بعد صفة لغلام اوحال منه (مثله) اى مثل هذا الغلام (لمثله) اى لمثل هذا المريض بان يكون الرجل اكبر منه باثنتي عشرة سنة ونصف والمرأة اكبر منه بتسع سنين ونصف كما في المضمرات (انه) اى ان هذا الغلام (ابنه وصدق) اى المقر (الغلام) ان كان الغلام معبرا لانه في يد نفسه بخلاف الصغير لانه في يد غيره فينزل منزلة البهيمة فلم يعتبر هذا الشرط* وعند الائمة الثلاثة بلا تصديقه ايضا يعتبر لوكان غير مكلف (ثبت نسبه) اى الغلام (منه) اى المقر لان النسب من الحوائج الاصلية ولاتهمة فيه (ولو) كان المقر في حالة الاقرار (مريضا وشاركه) الغلام (الورثة) المعروفة في الميراث لانه صار كالوارث المعروف بثبوت نسبه منه (وصح اقرار الرجل بالوالدين والولد) بالشروط المتقدمة في الابن لانه اقرار على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير (الزوجة) اى صح اقراره بالزوجة بشرط خلوها عن زوج وعدته وبشرط ان لايكون تحت المقر اختها ولا اربع سواها (والمولى) اى صح اقراره بالمولى من جهة العتاقة ان لم يكن ولاؤه ثابتا من جهة غير المقر (وشرط تصديق هؤلاء) لان اقرار غيرهم لا يلزمهم لان كلا منهم في يد نفسه الا اذا كان المقر له صغيرا في يد المقر وهو لايعبر عن نفسه او عبدا له فثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبدا لغيره يشترط تصديق مولاه لان الحق له (وكذا) يصح (اقرار المرأة) بالوالدين والولد والزوج والمولى لما ذكرنا (لكن شرط في اقرارها) اى المرأة (بالولد تصديق الزوج ايضا) كما ان تصديق الولد شرط لان الولد للفراش والحق له فاذا صدقها فقد اقر به *هذا اذا كان لها زوج او كانت معتدة منه وادعت ان الولد منه لان فيه تحميل النسب عليه فلا يلزمه بقولها *اما اذا لم يكن لها زوج ولاهى معتدة وكان لها زوج

وادعت ان الولد من غيره صح اقرارها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها فينفذ عليها (اوشهادة ١ قابلة) بولادته منهما الان قول القابلة حجة فى تعيين الولد (وصح تصديقهم بعد موت المقر) لبقاء النسب بعد الموت (الا تصديق الزوج بعد موتها) اى الزوجة لان تصديقه بعد موتها باطل عند الامام لانه لما ماتت زال النكاح بعلائقه فى جانبه اذ يجوز له ان يتزوج اختها اواربعا سواها ولا يحل له ان يغسلها عندنا فالتصديق منه لا يفيد شيأ واو باعتبار ارث لانه معدوم وقت الاقرار لان التصديق اذا صح يستند الى وقت الاقرار فلا يمكن اعتبار التصديق باعتبار ارث سيحدث بخلاف ما اذا اقر بنكاح امرأة ومات فصدقته بعد موته لان علائق النكاح باقية بعد موته فى جانبها* ولذا يحل لها ان تغسله لكونه مالكا لها حتى يبقى ملكه الى انقضاء العدة فلها المهر والارث منه وفاقا (وعندهما) والائمة الثلاثة (يصح ايضا) اى كما يصح تصديقهم بعد موت المقر لبقاء النكاح بعد موتها فى حق الارث والاقرار قائم والتكذيب منه لم يوجد فصح التصديق فى هذه الحالة فيثبت النكاح بتصادقهما فيرث منها* ولهذا لو اقام البينة على النكاح بعد موتها تقبل (وان اقر) رجل (بنسب غير الولاد كاخ وعم لا يثبت) النسب منه لان فيه حمل النسب على غيره فلا يجوز الا باقامة البينة الا فى حق نفس المقر حتى يلزمه الاحكام من النفقة والحضانة والارث اذا تصادقا على ذلك الاقرار * لان اقرارهما حجة عليهما (وورثه) اى يرث هذا المقر له من ذلك المقر (ان لم يكن له) اى للمقر (وارث معروف ولو كان (بعيدا) لانه مقر بشيئين بالنسب ففيه مقر على غيره فلا يجوز وباستحقاق ماله ففيه مقر على نفسه فيقبل عند عدم المزاحم وان كان له وارث قريب او بعيد لا يرث المقر له من المقر (ومن مات ابوه فاقر باخ) وهو يصدقه (شاركه فى الارث ولا يثبت نسبه) لان الميراث حقه فيقبل فيه قوله واما النسب ففى ثبوته تحميله على الغير فلا يقبل فيه (ولو كان لابيهما الميت دين على شخص فاقر احدهما بقبض ابيه نصفه فالنصف الباقى للآخر ولا شيء للمقر) يعنى ان مات وترك ابنين وله على رجل مائة درهم مثلا فاقر احد الابنين ان اباه قبض منه نصفه وكذبه الآخر فلا شيء للمقر وللمكذب نصفه لانه اقر بالدين على الميت وكذبه اخوه فينفذ فى حقه خاصة فوجب على الميت خمسون على زعمه والدين مقدم على الميراث فاستغرق نصيبه وليس له ان يشارك اخاه فى الخمسين وان تصادقا على انه مشترك بينهما لانه لو رجع المقر على اخيه لرجع اخوه على الغريم بما بقى من الدين على زعمه ثم رجع الغريم على المقر بما زاد على خمسين مما اخذه من اخيه المكذب لان الوارث لا يأخذ شيأ الا بعد قضاء الدين فيؤدى الى الدور* وقال صاحب الدرر فى غرره حرة اقرت بدين لآخر فكذبها زوجها صح فى حق زوجها عند ابى حنيفة حتى تحبس تلازم وعندهما لا * مجهولة النسب اقرت بالرق لانسان ولها زوج واولاد منه وكذبها الزوج صح فى حق المرأة لا فى حق الزوج وحق الاولاد حتى لا يبطل النكاح واولاد حصلت ٢ قبل اقرار ومافى بطنها وقت الاقرار احرار* مجهول النسب حر عبده ثم اقر بالرق لانسان وصدقه المقر له صح اقراره فى حقه حتى صار رقيقا له دون ابطال العتق حتى بقى معتقه حرا* فان

١ وانما خص القابلة بالذكر مع كفاية امرأة قابلة كانت اوغيرها لان ذكرها جار مجرى العادة* منه

٢ وانما قيد بقوله قبل الاقرار ومافى بطنها وقته لان الولد لو علق بعد الاقرار يكون رقيقا عند ابى يوسف وحرا عند محمد* منه

مات العتيق يرثه وارثه ان كان له وارث والا فالمقرله فان مات المقرثم العتيق فارثه لعصبة المقر

﴿ كتاب الصلح ﴾

وجه المناسبة فى ايراده بعد الاقراران انكار المقرسبب للخصومة وهى تستدعى الصلح * هو لغة اسم بمعنى المصالحة وهى المسالمة خلاف المخاصمة واصله من الصلاح ضد الفساد * وفى الشرع (وهو) اى الصلح (عقد يرفع النزاع) من الطرفين وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه وركنه الايجاب والقبول الموضوعان له كما فى الدرر * وفى العناية الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين * واما اذا وقع الدعوى فى الدراهم وطلب الصلح على ذلك الجنس فقدتم الصلح بقول المدعى فعلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه وشرطه العقل لا البلوغ والحرية وصح من صبي مأذون ان عرى عن ضرر بين ومن عبد مأذون ومكاتب وشرط ايضا كون المصالح عليه معلوما ان كان يحتاج الى قبضه وكون المصالح عنه حقا يجوز الاعتياض عنه ولو كان غير مال كالقصاص والتعزير معلوما كان المصالح عنه اومجهولا لا يصح الصلح او كان المصالح عنه مما لا يجوز الاعتياض عنه كحق الشفعة وحد القذف والكفالة بالنفس وحكمه وقوع البراءة عن الدعوى كما فى المنح والبحر (ويجوز) الصلح (مع اقرار) من المدعى عليه (وسكوت) منه بان لا يقر ولا ينكر (و٣ انكار) وكل ذلك جائز عندنا لقوله تعالى والصلح خير عرفه باللام فالظاهر العموم ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما اوحرم حلالا وقال الشافعى لا يجوز مع الانكار والسكوت لانهما صلح احل حراما وحرم حلالا لانه اخذ المال بغير حق فى زعم المدعى فكان رشوة * ولنا ما تلونا واول ماروينا وتأويل آخره احل حراما لعينه كالخمر اوحرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة وفى العناية تفصيل فليراجع (فالاول) اى الصلح بالاقرار (كالبيع) فى احكامه (ان وقع عن مال بمال) لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى من غير جنسه * ثم فرعه بقوله (فتثبت فيه الشفعة) اى تثبت الشفعة فى الصلح عن عقار او على عقار كما تثبت فى البيع فللشفيع حق المطالبة فى كل منهما (والرد بالعيب) بان كان بدل الصلح عبدا مثلا فوجد المدعى فيه عيبا له ان يرده (وخيار الرؤية) بان لم ير المصالح ما وقع عليه الصلح وقت الصلح ثم رآه له الخيار فيه (والشرط) بان تصالحا على شئ فشرط احدهما الخيار لنفسه لانه من احكام البيع (وتفسده) اى الصلح (جهالة البدل) اى الذى وقع عليه الصلح لانه بيع فصار كجهالة الثمن (لا) تفسده (جهالة المصالح عنه) لانه يسقط وجهالة الساقط لا تفضى الى المنازعة خلافا للشافعى * وفى العناية تفصيل فليطالع (وتشترط القدرة على تسليم البدل) لان القدرة عليه شرط فى صحة الصلح ككون معلومية البدل شرطا فى الصحة (وان استحق) فى صلح مع اقرار (بعض المصالح عنه او) استحق كله رجع المدعى عليه على المدعى (بكل البدل او ببعضه) صورته ادعى زيد دارا مثلا فى يد عمرو فاقر عمرو وصالح زيدا على مائة درهم فصارت المائة فى يد زيد والدار فى يد عمرو ثم استحق نصف الدار مثلا او كلها يرجع عمرو على زيد بخمسين درهما فى الاولى وبمائة درهم فى الثانية * وفى تحرير المصنف من اللف والنشر الغير المرتب *

٣ قال الامام اجوز يكون الصلح عن انكار * وعن ابى منصور الماتريدى ان الشيطان لم يعمل فى ايقاع العداوة والبغضاء فى بنى آدم مثل ما عمل من ابطال الصلح على الانكار كما فى القهستانى نقلا عن النهاية * منه

واماتصوير صاحب الدرر فى هذا المحل لايوافق متنه بل الصواب ماصورناه نتبع (وان استحق بعض البدل اوكله رجع) المدعى وهو زيد على المدعى عليه وهو عمرو (بكل المصالح عنه او بعضه) لان كل واحد منهما عوض عن الآخر فايهما اخذ منه بالاستحقاق رجع بمادفع ان كلا فبالكل وان بعضا فبالبعض (وان وقع) الصلح عن اقرار (عن مال بمنفعة اعتبر) هذا الصلح (اجارة) صورته ادعى على رجل شيأ فاعترف به ثم صالحه على سكنى داره سنة او على ركوب دابته معلومة او على لبس ثوبه او خدمة عبده اوزراعة ارضه مدة معلومة فيكون معنى الاجارة لان العبرة للمعانى والاجارة تمليك المنفعة وهذا الصلح كذلك * ثم فرعه بقوله (فيشترط فيه التوقيت) لكن هذا فى الاجير الخاص بان ادعى شيأ فوقع الصلح على خدمة العبد اوسكنى سنة وفيماعدا ذلك لايشترط التوقيت كما اذا صالحه على صبغ الثوب اوركوب الدابة او حمل الطعام الى موضع كما فى التبيين (ويبطل) الصلح (بموت احدهما) اى احد المتصالحين لانهما كالموجر والمستأجر * وكذا يبطل بفوات المنفعة قبل الاستيفاء فيعود الى الدعوى ولو كان ذلك بعد استيفاء بعض المنفعة بطل بقدر مابقى فيرجع فى دعواه بقدره وهذا قول محمد وهو القياس لانه اجارة وهى تبطل بواحد من هذه الاشياء * وقال ابو يوسف لايبطل الصلح بموت المدعى عليه بل المدعى يستوفى المنفعة على حاله وان مات المدعى فكذلك فى خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه ويبطل فيما يتفاوت فيه كلبس الثياب وركوب الدابة (و) الصلح (الاخيران) اى الصلح عن سكوت وانكار (معاوضة فى حق المدعى) لانه يزعم ان ما اخذه كان عوضا عما ادعيه (وفداء اليمين وقطع المنازعة فى حق الآخر) اى المدعى عليه لانه يزعم ان المدعى مفتر ومبطل فى دعواه وانما دفع المال اليه لئلا يحلف ولتقع الخصومة ويجوز ان يكون لشئ واحد حكمان مختلفان باعتبار شخصين كالنكاح موجبة الحل فى المتناكحين والحرمة فى اصول ابهما وفيأخذ كل واحد منهما بما يزعم * ثم فرعه بقوله (فلا شفعة فى دار صولح عنها) اى الدار (مع احدهما) اى مع سكوت او انكار * صورته ادعى رجل على آخر داره فسكت الاخر او انكر فصالح عنها بدفع شئ آخر لم تجب الشفعة لان المدعى عليه يأخذها على اصل حقه ويعطى المال دفعا للخصومة لانه يشتريها ولايلزمه زعم المدعى لان المرألايؤخذ الابزعمه (وتجب) الشفعة (فى دار صولح عليها) اى على الدار فيما ادعى مالا على آخر فسكت او انكار فصالح بدفع الدار بدله لان المدعى يأخذها عوضا عن ماله فيؤخذ بزعمه (وما استحق من المدعى كلا او بعضا) فى صورة الصلح مع سكوت او انكار (يرد المدعى) على المدعى عليه فيها (حصته) اى ما استحق (من البدل) لان المدعى عليه قد بذل العوض لدفع خصومة المدعى فبالاستحقاق ظهر عدم خصومة المدعى مع المدعى عليه فيرد ما اخذه فى مقابلة الخصومة على المدعى عليه (ويرجع) المدعى (بالخصومة) مع المستحق (فيه) اى فيما استحقه بعضا كان او كلا (وما استحق من البدل بعضا او كلا يرجع المدعى الى دعواه فى قدره) اى فى قدر البدل اى يرجع المدعى الى الدعوى فى الكل ان استحق الكل وفى قدر المستحق ان استحق

هذا فى الانكار ظاهر فاما فى السكوت فانه يحتمل الاقرار والانكار فلا يثبت كونه عوضا فى حقه بالشك * منه

ه توضيحه زيد ادعى دارا فى يد عمرو فانكر عمرو او سكت ثم صالح على مائة فصار المائة فى يد زيد والدار فى عمرو ثم استحق كل الدار اونصفها فان زيدا يرد المائة الى عمرو ويرجع بالخصومة فى الدار الى المستحق فى الاول ويرد الخمسين ويرجع الى المستحق بالخصومة فى النصف الباقى فى الثانية * منه

البعض لان المدعى لم يترك الدعوى الا ليسلم له البدل فاذا لم يسلم له رجع بالمبدل بخلاف ما اذا وقع الصلح بلفظ البيع بان قال احدهما بعتك هذا الشئ بهذا وقال الآخر اشتريت حيث يرجع المشترى عند الاستحقاق على المدعى عليه بالمدعى نفسه لا بالدعوى كما فى التبيين (وهلاك البدل) اى بدل الصلح (قبل التسليم) الى المدعى (كاستحقاقه) اى كاستحقاق بدل الصلح فيبطل به لان هلاك البدل فى البيع يبطل البيع فكذا هذا * هذا اذا كان البدل مما يتعين بالتعيين فان لم يكن كالنقدين لا يبطل بهلاكه (فى الفصلين) اى فى فصل الاقرار وفى فصل الانكار والسكوت ففى الاقرار يرجع بكله او بعضه وفى الانكار يرجع بالدعوى (ولو صالح على بعض دار يدعيها) يعنى اذا ادعى رجل على آخر دارا فصالحه على قطعة معلومة منها (لا يصح) الصلح وهو على دعواه فى الباقى لان البعض لا يصلح عوضا عن الكل للزوم ان يكون الشئ عوضا عن نفسه اذ البعض داخل فى ضمن الكل ولان ما قبضه من عين حقه فيكون على طلبه فى باقى الدار اذ الاسقاط لا يقع عن الاعيان لكونه مخصوصا بالديون (وحيلته) اى حيلة جواز هذا الصلح (ان يزيد) المدعى عليه (فى البدل شيأ) فيصير الزائد عوضا عن الباقى (او يبرأ) بضم اوله وفتح ثالثه اى يبرأ المدعى عليه او بضم اوله وكسر ثالثه او يبرأ المدعى عليه (عن دعوى الباقى) بان يقول المدعى ابرأتك او برأت من دعوى هذه الدار لان الابراء عن دعوى العين جائز كما فى الشمنى

فصل

(يجوز الصلح عن مجهول) لانه اسقاط (ولا يجوز الا على معلوم) لانه تمليك فيؤدى الى المنازعة والصلح على اربعة اوجه عن معلوم على معلوم وعن مجهول على معلوم وهما جائزان وعن مجهول على مجهول وعن معلوم على مجهول وهما فاسدان فالحاصل ان كل ما يحتاج الى قبضه لا بد ان يكون معلوما لان جهالته تفضى الى المنازعة وما لا يحتاج الى قبضه يكون اسقاطا فلا يحتاج الى علمه به فانه لا يفضى الى المنازعة وتمامه فى العناية وغيرها فليطالع (فيجوز الصلح عن دعوى المال) لوجود معنى البيع فما جاز بيعه جاز صلحه مطلقا سواء كان عن اقرار او سكوت او انكار (و) عن دعوى (٦ المنفعة) كان يدعى فى ارسكنى سنة وصية من صاحبها فجحد الوارث او اقر فصالحه على مال او منفعة جاز لان اخذ العوض عنها بالاجارة جاز فكذا الصلح * لكن انما يجوز عن المنفعة اذا كانتا مختلفتى الجنس بان يصالح عن السكنى على خدمة العبد مثلا واما اذا اتحد جنسهما كما اذا صالح عن السكنى على السكنى مثلا فلا يجوز كما فى الدرر وغيره وانما احتيج الى هذا التصوير لان الرواية محفوظة على انه لو ادعى استيجار عين والمالك ينكر ثم صالح لم يجز كما فى السراج وغيره * لكن فى البحر الصلح جائز عن دعوى المال مطلقا او المنفعة كصلح المستأجر مع الموجر عند انكاره الاجارة او مقدار المدة المدعى بها او الاجرة وكذا الورثة اذا صالحوا الموصى له بالخدمة على مال مطلقا والمنافع ان اختلف جنسها فانه يجوز لا ان اتحداه (و) يصح الصلح عن دعوى (الجناية فى النفس) من القتل (و) فى (مادونها) من نحو شج الرأس وقطع اليد (عمدا) كانت الجناية (او خطأ) اما العمد فلقوله تعالى فمن عفى له من اخيه شئ الآية اى من اعطى له بدل اخيه المقتول شئ بطريق

٦ قال القهستانى نقلا عن المضمرات لو اوصى بسكنى داره لرجل ثم مات فادعى الموصى له السكنى فصالحه من السكنى على سكنى دار اخرى او دراهم مسماة جاز كما لو اوصى بخدمة عبده منه وهو خارج من الثلث فصالحه الوارث عن الخدمة على الدراهم او على خدمة آخر او على ركوب دابة او لبس ثوب شهرا اه * هذا مخالف لما فى الدرر وغيره الا ان يحمل على الروايتين * تدبر * منه

الصلح * واما الخطأ فلان موجبه المال فالصلح كان عن المال لكنه لا تصح الزيادة على قدر الدية والارش على اخذ مقادير الدية للربوا الا اذا قضى القاضي بأخذ مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بزيادة جاز * بخلاف الصلح على القود حيث تجوز الزيادة فيه على قدر الدية * وكذا على الاقل لانه لا موجب له في المال ولو وقع الصلح على غير مقاديرها جاز كيف ما كان لعدم الربوا لكن يشترط القبض في المجلس ليخرج عن ان يكون دينا بدين (و) يصح الصلح ايضا (عن دعوى الرق) كما اذا ادعى على مجهول النسب انه عبده ثم تصالحا على شيء معين (وكان عتقا بمال) في حق المدعي وفي حق الآخر لدفع الخصومة لانه امكن تصحيحه بهذا الاعتبار فصح (ولا ولاء) له (عليه) لانكار العبد الا ان يقيم المدعي البينة بعد ذلك فتقبل في حق ثبوت الولاء عليه لا غير * هذا اذا انكر العبد الرق اما اذا صالحه باقراره فيثبت الولاء (و) صح الصلح عن (دعوى الزوج النكاح وكان خلعا) مطلقا في زعمهما ان كان باقرار فتجب عليها العدة وان لم يكن باقرار يكون خلعا في زعمه ودفعا في زعمها ولا تلزم العدة عليها قضاء فان اقام على التزويج بينة بعد الصلح لم تقبل (ويحرم) اخذ المال (عليه) اي على المدعي (ديانة ان كان مبطلا) في دعواه وهذا عام في جميع انواع الصلح الا ان يسلمه بطيب نفسه فيكون تمليكا على طريق الهبة كما في العناية (ولو صالحها بمال لتقر له بالنكاح جاز) ويجعل زيادة في المهر لانها تزعم انها زوجت نفسها منه ابتداء بالمسمى وهو يزعم انه زاد في مهرها (ولا يجوز ان ادعته) اي النكاح (المرأة) هكذا في بعض نسخ القدوري وهو الصحيح صرح به الزاهدي * ولذلك اختار المصنف ووجهه انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح (وقيل يجوز) ووجهه ان يجعل بدل الصلح زيادة في مهرها (ولا) يصح الصلح (عن دعوى الحد) من الحدود فلو اخذ زانيا اوسارقا او شارب خمر ورأى ان يرفعه الى القاضي فصالحه على مال ان لا يرفعه اليه ٧ بطل الصلح فله ان يرجع بما دفع * وكذا اذا اخذ قاذف المحصن او المحصنة فصالحه لان الحدود حق الله لا حق المرافع والاعتياض عن حق الغير لا يجوز كصلح واحد ٨ عن حق العامة كما اذا صالحه عن اشرعه الى الطريق * نعم للامام ذلك اذا كان فيه صلاح المسلمين ويضع ذلك في بيت المال (وان قتل عبد مأذون رجلا عمدا وصالح عن نفسه لا يجوز) لان رقبته ليست من تجارته ولذا لا يملك التصرف فيها بيعا فلا يملك استخلاصا بمال المولى الا ان ولي القتل لا يقتله بعد الصلح لانه عفا عنه ببدله ولا يجب عليه البدل للحال ويتأخر الى ما بعد العتق بخلاف المكاتب حيث يجوز ان يصالح عن نفسه (بخلاف صلحه) اي المأذون (عن نفس عبد له) اي للمأذون (قتل رجلا عمدا) جاز صلحه لان تصرفه في عبده من باب التجارة فيملك التصرف بيعا واستخلاصا (وان ١١ صالح) الغاصب (عن مغصوب تلف باكثر من قيمته) اي قيمة العبد قبل القضاء بالقيمة (جاز) يعني ان من غصب ثوبا او عبدا قيمته الف واستهلكه فصالحه على الفين جاز عند الامام (وقالا يبطل الفضل) من قيمته (ان كان) مما (لا

٧ اي الى القاضي * منه

٨ وانما قلنا عن حق العامة لانه اذا كان عن حق الخاصة كطريق غير نافذ فصالحه رجل من اهل الطريق يجوز في ٩ حقه * منه

٩ حصته نسخة

١١ في البحر فلا تقبل بينة الغاصب بعد الصلح على ان قيمته اقل مما صالح عليه ولا رجوع للغاصب لو تصادقا بعده على انها اقل * منه

يتغابن) الناس (فيه) لان حقه فى القيمة والزائد عليها ربوا * وله ان حقه فى الهالك باق وانما
ينتقل الى القيمة بالقضاء فاذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا (وان) صالح عنه
(بعرض صح مطلقا) اى سواء كانت قيمته اكثر من قيمة المغصوب اولا (اتفاقا) لان الزيادة لا تظهر
عند اختلاف الجنس * وانما قلنا قبل القضاء لانه اذا قضى القاضى بالقيمة ثم صالحا باكثر من قيمته
لا يجوز اجماعا كما فى اكثر المعتبرات * فعلى هذا لو قيد كما قيدنا لكان اولى * قيد بكون الصلح على
اكثر من قيمته بعد الاستهلاك اذ لو كان قبله يجوز اتفاقا * وكذا لو صالحه بغير جنسه يجوز اتفاقا
وكذا لو صالح على طعام موصوف فى الذمة حالا وقبضه قبل الافتراق جاز بالاجماع كما فى
العناية (وان اعتق موسر عبدا مشتركا) بينه وبين آخر (وصالح) الشريك (عن باقيه باكثر
من نصف قيمته) اى العبد (بطل الفضل) بالاتفاق * اما عندهما فظاهر * والفرق للامام والقيمة
فى العتق منصوص عليه وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضى فلا تجوز الزيادة عليه *
بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها (وان) صالحه (بعرض صح) كيف ما كان لما مر انه
لا يظهر الفضل عند اختلاف الجنس * قيد المعتق بقوله موسرا اذ لو كان معسرا لا تلزم عليه
قيمة نصيب شريكه بل تلزم على العبد سعايته كما مر (ويجوز صلح المدعى بمال يدفعه الى المنكر
ليقر له) بالعين صورته رجل ادعى عينا على رجل فى يده فانكره فصالحه على مال ليعترف له
بالعين فانه يجوز ويكون فى حق المنكر كالبيع وفى حق المدعى كالزيادة فى الثمن كما فى الاختيار
(وبدل الصلح عن دم عمدا وعلى بعض دين يدعيه) على آخر من المكيلات والموزونات
(يلزم) اى البدل (الموكل لا الوكيل) لان الصلح عن القود معاوضة باسقاط الحق والصلح
على بعض الدين اسقاط محض فالوكيل فيه سفير ومعبر فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح كما مر فى
الوكالة (الا ان ضمنه) اى الوكيل البدل فانه حينئذ يكون مؤاخذا بعقد الضمان لا بعقد الصلح
والاستثناء منقطع (وبدل ما) اى بدل الصلح (هو كبيع) بان كان الصلح من مال بمال مع اقرار (يلزم)
البدل (الوكيل) لا الموكل لان الوكيل فى المعاوضة المالية اصيل وفى المعاوضة الاسقاطية
سفير قيدنا مع اقرار لانه اذا كان الصلح مع انكار لا يجب البدل على الوكيل مطلقا كما فى البحر *
وما فى الاصلاح من ان كون البدل من غير جنس المصالح عنه ليس بشرط كيف والصلح
عن فرس بفرس جائز مخالف لما ذكر فى اول الكتاب وهو قوله صح مع اقرار كبيع ان
وقع عن مال بمال من غير جنسه ثم قال فى تعليله لانه اذا كان من جنسه فهو حط وابراء
وقبض واستيفاء اوفضل وربوا ١٢ تدبر (وان صالح فضولى) اى صالح رجل عن رجل
آخر بلا امر (وضمن) الفضولى (البدل او اضاف الى ماله) اى الى مال نفسه بان قال صالحتك
على الفى هذا او على عبدى هذا (او اشار الى عرض او نقد بلا اضافة) بان قال صالحتك على
هذا العبد او على هذا الالف (او اطلق) بان قال صالحتك على الف (وسلم) القدر المصالح
عليه الى المدعى (صح) الصلح اما اذا ضمن البدل فلان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة
وفى حقها الاجنبى والمدعى عليه سواء ويجوز ان يكون الفضولى اصيلا اذا ضمن كالفضولى

١٢ وجه التدبر انه يمكن التوجيه بان المراد من المال الذى ذكر فى اول الكتاب مال يجرى فيه الربوا والمال الذى ذكر هنا مال لا يجرى فيه الربوا * ويؤيده قوله والصلح عن فرس بفرس جائز لان الفرس مال لا يجرى فيه الربوا فلا مخالفة * منه

بالخلع اذا ضمن البدل* واما اذا اضاف الى مال فلانه بهذه الاضافة التزم التسليم الى المدعى وهو قادر على ذلك فيجب عليه تسليمه* واما اذا اشار الى نقد او عرض فلانه تعين للتسليم بشرط فيتم به الصلح* واما اذا اطلق وسلم فلان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده (وكان) الفضولى (متبرعا) لانه فعله بلا اذن المدعى عليه (وان اطلق) اى صالحتك على الف (ولم يسلم توقف) اى صار الصلح موقوفا على الاجازة (فان اجازه المدعى عليه جاز) الصلح (ولزمه البدل) لالتزامه اياه باختياره هذا اختيار بعض المشايخ* وقال بعضهم انه ينفذ على المصالح ولم يتوقف الا اذا لم يذكر البدل كما فى القهستانى (والا) اى وان لم يجزه (بطل) الصلح سواء كان المدعى عليه مقرا اولا والبدل عينا او دينا لان المصالح هنا وهو الفضولى لا ولاية المطلق فلا ينفذ تصرفه عليه فيتوقف على اجازته* وفى التنوير والخلع فى جميع ما ذكرنا من الاحكام كالصلح* ادعى وقفية ارض على آخر ولا بينة للمدعى على دعواه فصالحه المنكر لقطع الخصومة عنه جاز الصلح وطاب له لو صادقا* وقيل لا* كل صلح بعد صلح فالثانى باطل* وكذا الصلح بعد الشراء* اقام المدعى عليه بينة بعد الصلح عن انكار ان المدعى قال قبل الصلح ليس لى قبل فلان حق فالصلح ماض على الصحة* ولو قال المدعى بعده ما كان لى قبل المدعى عليه حق بطل الصلح* والصلح عن الدعوى فاسدة يصح وعن الباطلة لا* وقيل اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح غير صحيح مطلقا* ويصح الصلح بعد حلف المدعى عليه دفعا للنزاع باقامة البينة* وقيل لا* طلب الصلح والابراء من المدعى عليه عن الدعوى لا يكون اقرارا بخلاف طلب الصلح والابراء عن المال* صالح البائع مع المشترى عن عيب وظهر عدم ذلك العيب او زال العيب بطل الصلح

باب الصلح فى الدين

وهو الذى ثبت فى الذمة (الصلح عما استحق بعقد المداينة) مثل البيع نسيئة ومثل الاقراض (على بعض جنسه) كمن له على آخر الف درهم فصالحه على خمسمائة (اخذ) خبر المبتدا (لبعض حقه واسقاط لباقيه) لان تصحيح تصرف العاقل واجب ما امكن وقد امكن ذلك فيحمل عليه (لا معاوضة) لافضائه الى الربوا* ثم فرعه بقوله (فلو صالح) المديون دائنه (عن الف حال) فى ذمته (على مائة حالة) باسقاط ما فضل هو تسعمائة (او) عن الف حال على (الف مؤجل) باسقاط وصف الحلول فقط وهو حق له كالفضل (صح) الصلح (وكذا) صح لو صالح (عن الف جياد على مائة زيوف) باسقاط ما فضل واسقاط وصف الجودة معا ولا يشترط قبض البدل فى هذه الصور لكونه مداينة لا معاوضة (١٣ ولا يصح) لو صالح (عن دراهم) حالة (على دنانير مؤجلة) الى شهر سواء عن اقرار او انكار لان الدنانير غير مستحقه بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير فتعينت المعاوضة وبيع الدراهم والدنانير نسيئة لا يجوز لكونه صرفا (او) صالحه (عن الف مؤجل على نصفه حالا) فانه لا يصح ايضا لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حط عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام (او) صالحه (عن الف سود) جمع اسود اى دراهم مضروبة

١٣ قوله ولا يصح ابتداء كلام لا عطف على صح حتى يلزم متفرعا على الضابط المذكور ويرد ما قال ابو المكارم تتبع* منه

من نقرة سوداء مغلوبة الغش (على نصفه بيضا) لانه من دراهم سود ولا يستحق البيض فقد صالح على مالا يستحق بعقد المداينة وكان معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف مالو صالح على قدر الدين وهو اجود كما لو صالحه عن الالف حال على الالف المؤجل او صالحه عن الف بيض على الالف السود جاز بشرط قبضه في المجلس لانه اذا كان الذى يستوفيه ادون من حقه قدراً ووصفا ووقتا او في احدها فهو اسقاط واذا كان ازيد منه فمعاوضة (ولو صالح عن الف درهم اومائة دينار على مائة درهم حالة او مؤجلة صح) لانه يجعل اسقاطا للدنانير كلها وللدراهم الامائة وتأجيلا لمائة التى بقيت فلا يحمل على المعاوضة لان فيه فسادا (وان قال من له على آخر الف ادغدا نصفه) اى نصف الالف على انك برئ من باقه ففعل (من عليه الالف ذلك بان قبل وادى اليه في الغد النصف برئ) عن النصف الباقى بالاتفاق (والا) اى وان لم يؤد غدا بالنصف (فلا يبرأ) عند الطرفين (خلافا لابي يوسف) فانه قال يبرأ وان لم يؤد ولا يعود اليه النصف الساقط ابدا لانه ابراء مطلق لانه جعل الاداء عوضا عن الابراء نظرا الى كلمة على والاداء لا يصلح ان يكون عوضا لوجوبه عليه فصار ذكره كعدمه * ولهما انه ابراء مقيد بشرط الاداء وانه غرض صالح حذرا من افلاسه او يتوصل بها الى ماهو الانفع من تجارة رابحة او قضاء دين او دفع حبس فاذا عدم الشرط بطل الابراء * وكلمة على تحتمل الشرط فتحمل عليه عند تعذر المعاوضة تصحيحا لكلامه وعملا بالعرف * وهذه المسئلة على وجوه الاول ماذكر * والثانى قوله (وان قال صالحتك على نصفه على انك ان لم تدفع غدا النصف فالالف عليك لا يبرأ اذا لم يدفع اجماعا) يعنى ان قبل وادى اليه النصف في الغد برئ عن الباقى والا فالكل عليه بالاجماع لانه اتى بتصريح التقييد فاذا لم يوجد بطل * والثالث قوله (وان قال ابرأتك من نصفه على ان تعطينى نصفه غدا برئ) جواب ان (من نصفه اعطى النصف في الغد (وان لم يعط ١٤) لان الدائن اطلق البراءة في اول كلامه ثم ذكر الاداء الذى لا يصلح عوضا فبقى احتمال كون الاداء شرطا وهو مشكوك هنا لكونه مذكورا مؤخرا عن البراءة فلم يتحقق كونه شرطا فبقى البراءة على الاطلاق فيصير الاداء وعدمه غير مفيد في حق البراءة بخلاف الاداء في الصورة الاولى لكونه مفيدا في البراءة لذكره في اول الكلام * وبهذا التقرير اتضح الفرق بين الصورتين * والرابع قوله (وكذا لو قال ادالى نصفه على انك برئ من باقية ولم يوقت) للاداء وقتا فانه يصح الابراء بالاجماع ولا يعود الدين فانه ابراء مطلق لانه لما لم يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لان الاداء واجب على المديون في مطلق الازمان فلم يتقيد الابراء فحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ماتقدم لان الاداء في الغد غرض صحيح كما في الهداية * والخامس قوله (ولو قال ان اديت الى نصفه فانت برئ او اذا اديت او متى اديت) الى نصفه فانت برئ (لا يصح الابراء وان) وصلية (ادى) نصفه لانه تعليق بالشرط صريحا والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لما فيها من معنى التمليك (ومن قال) اى المديون (سرأ لرب دينه لا اقر لك حتى تؤخره) اى الدين (عنى او تحط) عنى (بعضه

١٤ وفى شرح الوقاية اعتراض على الوقاية وفى حاشية يعقوب باشا جواب * ان شئت فلتراجع * منه

فضل) رب الدين التأخير او الحط (جاز) اى التأخير والحط لانه ليس بمكره عليه فصار
نظير الصلح مع الانكار فلا يتمكن من مطالبته فى الحال بعد التأخير ولا من مطالبة ما حط فى الحط
ابدا (وان اعلن) ماقاله سرا (لزمه) اى جميع الدين (للحال) اى بلا تأخير ان اخر ولا حط ان حط

فصل

ف ١٥ الدين المشترك والتخارج (ان صالح احد ربى الدين) فى دين (عن نصفه)
اى الدين وهو نصيبه (على ثوب فلشريكه) الخيار ان شاء (ان يتبع المديون بنصفه)
اى بنصف الدين لبقاء حصته فى ذمته (او يأخذ نصف الثوب) من شريكه لان له
حق المشاركة لانه عوض عن دينه (الا ان يضمن) اى الشريك (له) المصالح (ربع الدين) لان
حقه فى الدين لا فى الثوب * ولا فرق بين ان يكون الصلح عن اقرار او سكوت او انكار * ثم ههنا
قيدان الاول ان يكون المصالح عنه دينا لانه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح
ببدل الصلح وليس لشريكه ان يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه لان المصالح عنه مال
حقيقة بخلاف الدين * والثانى ان يكون المصالح عليه ثوبا والمراد خلاف جنس الدين لانه لو
صالحه على جنسه يشاركه فيه او يرجع على المديون وليس للقابض فيه خيار لانه بمنزلة قبض
بعض الدين (وان قبض) احد الشريكين (شيأ من الدين شاركه شريكه فيه) اى فى الذى
قبضه اذ لم يشاركه تلزم قسمة الدين قبل القبض وهذا غير جائز فله ان يشاركه فيه ان شاء
لانه عين حقه من وجه وان شاء رجع على الغريم لان حقه عليه فى الحقيقة (واتبعا) اى
رجعا الشريكان (على الغريم) اى المديون (بما بقى) من الدين لاستوائهما فى الاقتضاء
ولو سلم له المقبوض واختار متابعة الغريم ثم توى نصيبه بان مات المديون مفلسا رجع على
القابض بنصف ماقبض لكن ليس له ان يرجع فى عين تلك الدراهم المقبوضة بل يعود الى
ذمته (وان) لم يصالح احد الشريكين بل (اشترى) من الذى عليه الدين (بنصيبه) من
الدين (شيأ) فالآخر مخير ان شاء (ضمنه شريكه ربع الدين) لانه صار قابضا لنصيبه ١٦
بالمقاصة ولا ضرر عليه لان مبنى البيع على المماكسة والمنازعة بخلاف الصلح لان مبناه على
الحطيطة والمسامحة فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به لانه لم يستوف تمام نصف الدين فلذا
خيرناه (او اتبع الغريم) ان شاء لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان
يشارك (وان ابرأ) احدهما ذمة المديون (عن نصيبه او قاص الغريم بدين سابق) بان كان
للمطلوب على احدهما دين قبل وجود دينهما عليه حتى صار دينه قصاصا به (لا يضمن لشريكه)
شيأ فى الصورتين * اما فى الاولى فلان الابراء اتلاف لا قبض والرجوع يكون فى المقبوض لا فى
المتلف * واما فى الثانية فلانه قضى دينا كان عليه ولم يقبض لان الاصل فى الدينين اذا التقيا
قصاصا ان يصير الاول مقضيا بالثانى والمشاركة انما تثبت فى الاقتضاء (وان ابرأ) احدهما
(عن البعض) اى بعض نصيبه (قسم الباقى على سهامه) لان الحق عاد الى هذا القدر حتى
لو كان لهما على المديون عشرون درهما فابرأ احدهما عن نصف نصيبه كان له المطالبة بالخمسة
وللساكت المطالبة بالعشرة كما فى الدرر (وان اجل) احدهما (نصيبه لا يصح) التأجيل

١٥ والدين المشترك كالموروث بين الاثنين وقيمة عين مستهلكة بينهما وثمن مبيع وبدل القرض فى المال المشترك ونحوه * منه

١٦ لا يقال قسمة الدين قبل القبض لا يتصور فكيف يتصور المقاصة فيه لان قسمة الدين قبل القبض يجوز ضمنا وانما لا يجوز قصدا وهو وقت القسمة فى ضمن صحة الشراء وصحة المصالحة * وكم من شئ يصح ضمنا ولا يصح قصدا * منه

عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) فانه يصح عنده اعتبارا بالابراء المطلق* ولهما انه يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض ١٦ كما فى الهداية * والنهاية ماذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكر فى عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول ابى يوسف وذلك سهل لجواز ان يكون المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع ابى حنيفة ١٧ (وبطل صلح احد ربى السلم) اى احد الشريكين فى سلم (عن نصيبه على مادفع) من رأس المال* وهذا عند الطرفين لانه يستلزم جواز قسمة الدين فى الذمة وانها لا تجوز (خلافا له) اى لابى يوسف (ايضا) كما خالف فى المسئلة الاولى فان عنده يجوز لانه دين مشترك فاذا صالح احدهما على حصته جاز كسائر الديون كما فى شرح الكنز للعينى* وانما شرط على دفع رأس المال لان الصلح على غير رأس المال لا يجوز بالاتفاق لما فيه من استبدال المسلم فيه* وفى التنوير صالح احد ربى سلم عن نصيبه على مادفع فان اجازه الآخر نفذ عليهما وان رده رد و بطل (ثم قال ١٨) وهذه العبارة اولى من قول الكنز (وهو اختيار المصنف ١٨) و بطل الخ لانه ليس بباطل بل هو صحيح موقوف الا ان يراد به انه سيبطل على تقدير عدم الاجازة اه (وان اخرج الورثة احدهم عن عرض) هى التركة (او) اخرجوه عن (عقار) هى التركة (بمال) اعطوه له (او) اخرجوه (عن احد النقدين بالآخر) اى عن ذهب هو التركة بفضة دفعوها اليه او عن فضة هى التركة بذهب دفعوه اليه (او عنهما) اى عن النقدين (بهما) اى بالنقدين بان كان فى التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح ايضا دراهم ودنانير (صح) هذا الصلح فى الوجوه كلها (قل البدل او كثر) صرفا للجنس الى خلافه كما فى البيع لكن فى الوجه الثانى والثالث يعتبر التقابض فى المجلس تحرزا عن الربوا لانه صرف ولا يعتبر التساوى والاصل فى جواز التخارج اثر عثمان رضى الله عنه فانه صالح تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف عن ربع الثمن وكان له اربع نسوة على ثمانين الف دينار بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير (وعن نقدين) وهما الذهب والفضة (وغيرهما) اى غير النقدين مثل العقار والعروض اراد ان التركة ان كانت مشتملة على هذه الاجناس فاخرجوه (باحد النقدين) يعنى دفعوا اليه اما فضة او ذهبا (لا يصح الا ان يكون المعطى) بفتح الطاء اى الذى اعطوه (اكثر من نصيبه من ذلك الجنس) ليكون نصيبه بمثله والزيادة بمقابلة حقه من بقية التركة تحرزا عن الربوا وذلك لان الصلح لا يجوز بطريق الابراء لان التركة اعيان والبراءة من الاعيان لا تجوز لكن لابد من التقابض فى المجلس فيما يقابل النقدين لانه صرف فى هذا القدر (وان) صالحوا (بعرض) فى هذه الصورة (جاز مطلقا) لعدم الربوا (وان) كان (فى التركة دين على الناس فاخرجوه) اى اخرجت الورثة احدهم (ليكون الدين لهم بطل الصلح) لان فيه تمليك الدين الذى هو حصة المصالح من غير من عليه الدين وهم الورثة فبطل ثم تعدى البطلان الى الكل لان الصفقة واحدة سواء بين حصة الدين اولم يبين عند الامام وينبغى ان يجوز عندهما فى غير الدين اذا بين حصته ثم ذكر لصحة الصلح حيلا فقال (فان شرطوا) اى الورثة (براءة الغرماء من نصيبه) اى من الدين الذى هو نصيب المصالح (صح) الصلح

١٧ وفى الغاية فيكون ماذكره صاحب البداية بناء على اختلاف روايتين فى كتاب الشركة وكتاب الصلح ففى كتاب الشركة قول محمد مع الامام وفى كتاب الصلح مع ابى يوسف منه

١٨ ما بين القوسين من الشارح منه

لانه اسقاط وتمليك للدين من عليه الدين* وفى هذا الوجه ضرر لسائر الورثة حيث لا يمكنهم الرجوع على المديون بقدر نصيب المصالح ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق فيما على المديون فاذا وجد الضرر مع النفع فى محل لا يعد الضرر ضررا فتصير هذه الحيلة مقبولة عند البعض (وكذا) صح الصلح (ان قضوا) اى تعجلوا اقضاء (حصته) اى حصة المصالح (منه) اى من الدين (تبرعا) ثم تصالحوا عما بقى من التركة ولا يخفى ما فيه من ضرر بقية الورثة فالاولى ما ذكره بقوله (او اقرضوه) اى اقرض بقية الورثة المصالح (قدرها) اى قدر حصته من الدين (واحالهم) اى احال المصالح الورثة (به) اى بالقرض الذى اخذه منهم (على الغرماء) وهم يقبلون الحوالة (وصالحوه عن غيره) اى عن غير الدين بما يصلح ان يكون بدلا صح* وفى التبيين والاوجه منه ان يبيعوه كفا من تمر اونحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرماء او يحيلهم ابتداء من غير بيع ليقبضوا له ثم يأخذوه لانفسهم (وفى صحة الصلح عن تركة هى اعيان غير معلومة ١٩ على مكيل او موزون اختلاف) قال الامام المرغينانى لا يصح لاحتمال الربوا بان كان فى التركة المجهولة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح *وقال الفقيه ابو جعفر يصح لاحتمال ان لا يكون فى التركة من جنس بدل الصلح وعلى تقدير كونه يحتمل ان يكون نصيبه اقل من بدل الصلح فاحتمال الاحتمال يكون شبهة الشبهة ولا عبرة بها هذا هو الصحيح كما فى التبيين وغيره (والاصح الجواز ان علم انها) اى التركة (غير المكيل او الموزون) والاولى بالواو كما فى الهداية وغيره ٢١ (اذا كانت كلها) اى كل التركة (فى يد البقية) اى بقية الورثة لان التركة قائمة فى ايديهم فالجهالة فيها لا تفضى الى النزاع لعدم الحاجة الى التسليم حتى لو كان بعض التركة فى يد المصالح ولا يعرفه بقية الورثة لا يجوز وقيل لا يصح لانه بيع اذ المصالح منه عين ومع الجهالة لا يصح البيع (وبطل الصلح والقسمة ان كان على الميت دين مستغرق) للتركة لان التركة لم يتملكها الوارث الا ان يضمن الوارث الدين بشرط ان لا يرجع فى التركة او يضمن اجنبى بشرط براءة الميت (وان) كان الدين (غير مستغرق فالاولى ان لا يصالح قبل قضائه) اى قضاء الدين لحاجته الى تقدم القضاء (ولو فعل) وصالح (قالوا يجوز) لان التركة لا تخلو عن قليل دين والدائن قد يكون غائبا فتتضرر الورثة بالتوقف على مجيئه والدائن لا يتضرر لان على الورثة قضاء دينه (والقسمة تجوز قياسا) لما مر من ان التركة لا تخلو عن قليل دين فتقسم نفيا للضرر عن الورثة (لا) تجوز (استحسانا) وهو قول الكرخى لان الدين يمنع تملك الوارث اذ ما من جزء من التركة الا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قضائه (وقيل القياس ان يوقف الكل) لما مر من ان الدين يتعلق بكل جزء من التركة (والاستحسان ان يوقف قدر الدين ويقسم الباقى) لدفع الضرر عن الورثة* وفى التنوير واذا اخرجوا واحدا فحصته تقسم بين الباقى على السواء ان كان ما اعطوه من مالهم غير الميراث المشترك بينهم وان كان ما اعطوه له مما ورثوه من مورثهم فعلى قدر ميراثهم* والموصى له كوارث فيما قدمناه صالحوا احدهم ثم ظهر للميت دين او عين لم يعلموها هل يكون داخلا فى الصلح فيه قولان اشهرهما اى القولين لا يكون داخلا فيه

١٩ قوله على مكيل او موزون متعلق بالصلح* منه
٢١ اى كما وقع بالواو * منه

﴿ كتاب المضاربة ﴾

هى مفاعلة من الضرب فى الارض وهو السير فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون فى الارض يعنى الذى يسافرون فى التجارة وسمى هذا العقد بها لان العامل فيه يسير فى الارض غالبا لطلب الربح *واهل الحجاز يسمون هذا العقد مقارضة وقراضا لان صاحب المال يقطع قدرا من ماله ويسلمه للعامل واصحابنا اختاروا لفظة المضاربة لكونها موافقة للنص *وفى الشرع (هى) اى المضاربة (شركة فى الربح) بان يقول رب المال دفعته مضاربة او معاملة على ان يكون لك من الربح جزء معين كالنصف او الثلث او غيره ويقول المضارب قبلت *ففيه اشعار بان كلا من الايجاب والقبول ركن والظرف للشركة (بمال من جانب) وهو جانب رب المال (وعمل من جانب) آخر وهو جانب المضارب وهى مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غنى بالمال غبى عن التصرف فيه وبين مهتد فى التصرف صفر اليد من المال فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لانتظام مصلحة الغبى والذكى والفقير والغنى وبعث النبى والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة (والمضارب امين) ابتداء لانه قبض المال باذن مالكه لا على وجه المبادلة والوثيقة *والحيلة فى ان يصير المال مضمونا على المضارب ان يقرضه من المضارب ويشهد عليه ويسلمه اليه ثم يأخذه منه مضاربة ثم يدفعه الى المستقرض يستعين به فى العمل بجزء شائع من الربح فاذا عمل وربح كان الربح بينهما على الشرط واخذ رأس المال على انه بدل القرض وان لم يربح اخذ رأس المال بالقرض وان هلك المال هلك على المستقرض وهو العامل وذكر الزيلعى حيلة اخرى فليطالع (فاذا تصرف) المضارب فى المال (فوكيل) لانه متصرف فى ملكه بامره ولهذا يرجع بما لحقه من العهدة على رب المال كالوكيل (فان ربح) منه (فشريك) لرب المال لانه هو المقصود من عقد المضاربة (وان خالف) المضارب شرط رب المال (فغاصب) ولو اجاز بعده لوجود التعدى منه على مال غيره فصار غاصبا فيضمن وبه قال الائمة الثلاثة واكثر اهل العلم وعن على والحسن والزهرى انه لا ضمان على من شورك فى الربح كما فى الشمنى (وان شرط كل الربح له) اى المضارب (فمستقرض) فان استحقاق كل الربح لا يكون الا بعد ان يصير رأس المال ملكا له لان الربح فرع المال واشتراطه له يوجب تمليكه رأس المال اقتضاء (وان شرطه كل الربح لرب المال فمستبضع) حيث يكون عاملا لرب المال بلا بدل وعمله لا يتقوم الا بالتسمية فكانه كان وكيلا متبرعا (وان فسدت) المضاربة بشئ (فأجير) لان المضارب عامل لرب المال وما بشرطه له كالاجرة على عمله ومتى فسدت ظهر معنى الاجارة فلا ربح حينئذ لانه يكون فى المضاربة الصحيحة ولما فسدت صارت اجارة (فله) اى للمضارب (اجر مثله) اى اجر مثل عمله كما هو حكم الاجارة الفاسدة (ربح اولم يربح) وبه قال الشافعى لانه لا يستحق المسمى لعدم الصحة ولم يرض بالعمل مجانا فيجب اجر المثل وان لم يربح فى رواية الاصل *وعن ابى يوسف لا اجر له اذا لم يربح اعتبارا بالمضاربة الصحيحة (ولا يزاد) اجر مثل عمله (على) قدر (ما شرطه له) من الربح (عند ابى يوسف) لانه رضى به وهو المختار خلافا لمحمد فان له اجر المثل عنده بالغا ما بلغ وبه قالت

الائمة الثلاثة (ولايضمن) المضارب (المال) بالهلاك (فيها) اى المضاربة الفاسدة (ايضا) اى كما لايضمنه فى المضاربة الصحيحة لانه امين فلايكون ضمينا وهذا ظاهر الرواية وبه يفتى* وعن محمد انه يضمن كما فى القهستانى وقال الطحاوى عدم الضمان قول الامام وعندهما هو ضامن اذا هلك فى يده بما يمكن التحرز عنه وقال الاسبيجابى والاصح انه لاضمان على قول الكل كما فى العناية (ولاتصح المضاربة الابمال تصح به الشركة) من النقدين والتبر والفلس النافق* لكن فى الكبرى ان فى المضاربة بالتبر روايتين وعن الشيخين انها تصح بالفلس ولم تصح عند محمد وعليه الفتوى كما فى القهستانى (وان دفع عرضا وقال بعه واعمل فى ثمنه مضاربة) فقبل (اوقال اقبض مالى على فلان) من الدين (واعمل فيه مضاربة) فقبل جازت ايضا كما تصح به الشركة لان المضاربة فى المسئلة الاولى اضيفت الى ثمن العرض وهو مما تصح فيه المضاربة وفى الثانية اضيفت الى زمان القبض والدين اذا قبض صار عينا فيجوز هذا العقد بخلاف مالو قال اعمل بالدين الذى فى ذمتك فانه لايجوز اتفاقا* وفى المنح ولو قال اقبض دينى على فلان ثم اعمل به مضاربة فعمل ان يقبض كله ضمن * ولو قال فاعمل به لا يضمن* وكذا بالواو لان ثم للترتيب فلايكون مأذونا بالعمل الابعد قبض الكل بخلاف الفاء والواو فانه يكفى قبض البعض كذا فى بعض المعتبرات* لكن فى القول بان الفاء كالواو فى هذا الحكم نظر لان ثم يفيد الترتيب والتراخى والفاء يفيد التعقيب والترتيب فينبغى ان لايثبت الاذن فيها قبل القبض بل يثبت عقبه بخلاف الواو فانها لمطلق الجمع من غير تعرض لمقارنة ولا ترتيب* او قال اشترلى عبدا نسيئة ثم بعه واعمل بثمنه مضاربة فاشتراه ثم باعه وعمل فيه جاز وفى المجتبى ولو قال رب المال للغاصب اوالمستودع اوالمبضع اعمل بما فى يدك مضاربة جاز (وشرط تسليم المال الى المضارب بلايد لرب المال فيه) لان تخلية المال للعامل واجب للتمكن من التصرف فيه حتى لو شرط عمل رب المال معه لفسدت المضاربة لان ذلك مخل بالتسليم بخلاف الشركة (عاقدا كان) رب المال (او غير عاقد كالصغير اذا عقدها) اى المضاربة (له) اى للمضارب (وليه) اى ولى الصغير وشرط عمل الصغير معه فانه لايجوز لان يد المالك ثابت له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب (واحد الشريكين اذا عقدها) اى المضاربة (الآخر) اى اذا دفع احد المتفاوضين او احد شريكى العنان المال مضاربة وشرط عمل شريكه معه فانه لايجوز لقيام الملك له فالمعتبر فيه عمل المالك لا العاقد حتى لو دفع الاب او الوصى مال الصغير وشرط عمل نفسه جاز لانهما من اهل ان يأخذ مال الصغير مضاربة بانفسهما فجاز اشتراط العمل عليهما بخلاف المأذون لو دفع ماله مضاربة وشرط عمله معه فانه لم يجز لان اليد المتصرفة ثابتة له فنزل منزلة المالك وفيه اشعار بان الوصى اذا دفع مال الصغير الى نفسه مضاربة جاز كما فى الذخيرة لكن ينبغى ان يزاد فى هذه المسئلة ان الوصى لايجعل لنفسه اكثر مما يجعل لامثاله كما قاله الطرسوسى (و) شرط (كون الربح بينهما مشاعا) اى لاتصح المضاربة حتى يكون الربح مشاعا بينهما بان يكون ثلاثا او منصفا ونحوهما لان

(الشركة)

الشركة تحقق الا به فلو شرط لاحدهما دراهم مسماة تبطل فيكون الربح لرب المال * وشرط كون نصيب كل من المضارب ورب المال معلوما عند العقد وكون رأس المال معلوما تسمية او اشارة (فتفسد) المضاربة (ان شرط لاحدهما عشرة دراهم مثلا) لان اشتراط ذلك مما يقطع الشركة بينهما لانه ربما لا يربح بالشرط فاذا لم يصح بقيت منافعه مستوفاة بحكم العقد فيجب اجر المثل * وفي التنوير ولو ادعى المضارب فسادها فالقول لرب المال وبعكسه فللمضارب (وكل شرط يوجب جهالة الربح) كشرط رب المال على المضارب ان يدفع اليه ارضه ليزرعها سنة او داره ليسكنها سنة (يفسدها) اى المضاربة لانه جعل بعض الربح عوضا عن عمله والبعض اجرة داره او ارضه ولا يعلم حصة العمل حتى تجب حصته وتسقط ما اصاب منفعة الدار (وما) اى كل شرط (لا) يوجب جهالة الربح فلا يفسد المضاربة (و) لكن (يبطل الشرط) لانه لا يفضى الى جهالة حصة العمل اذ نصيبه من الربح مقابل بعمله لا غير ولا جهالة فيه (كشرط الوضيعة) وهى الخسران (على المضارب) لان الخسران جزء هالك من المال فلا يجوز ان يلزم غير رب المال لكنه شرط زائد لا يوجب قطع الشركة فى الربح ولا الجهالة فيه فلا يفسد المضاربة لانها لا تفسد بالشروط الفاسدة كالوكالة ولان صحتها تتوقف على القبض فلا تبطل بالشرط كالهبة (للمضارب فى مطلقها) اى مطلق المضاربة وهو ما لم يقيد بمكان او زمان او نوع من التجار نحو ان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد عليه (ان يبيع ويشترى ويوكل بهما) اى البيع والشراء (ويسافر) بمال المضاربة برا وبحرا ولو دفع المال فى بلده على الظاهر * وعن ابى يوسف لا يسافر وبه قال الشافعى وعن الامام ان دفع اليه المال فى بلده ليس له ان يسافر به * وفى القهستانى ولا يسافر سفرا مخوفا يتحامى الناس عنه فى قولهم (ويبضع) من الابضاع وهو ان يدفع الى غيره مالا يعمل فيه ويكون الربح لرب المال (ويودع ويرهن ويرتهن ويؤاجر ويستأجر ويحتال بالثمن على الايسر وغيره) لان كل ذلك من صنيع التجار (ولو ابضع) المضارب (رب المال صح ولا تفسد ه) ى بالابضاع (المضاربة) وقال زفر تفسد لان رب المال حينئذ متصرف فى مال نفسه وهو لا يصلح ان يكون وكيلا فيه فيكون مستردا له * ولنا ان التصرف فى مال المضاربة صار حقا للمضارب فيصلح ان يكون رب المال وكيلا عنه فى التصرف فيه (وليس له) اى للمضارب (ان يضارب) مال المضاربة لآخر (الا باذن رب المال) صريحا (او بقوله له) اى للمضارب (اعمل برأيك) لان الشئ لا يتضمن مثله فلا بد من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه كالوكيل لا يملك التوكيل الا بقول الاصيل اعمل برأيك بخلاف الابضاع والايداع لانهما دون المضاربة لا مثلها فيتضمنهما (و) اى ليس للمضارب (ان يقرض او يستدين) بان يشترى باكثر من مال المضاربة (او يهب او يتصدق) وان قيل له اعمل برأيك لان المراد بهذا القول التعميم فى كل ما هو من صنيع التجار وهذا ليس من صنيعهم اذ الربح المقصود عندهم لا يحصل بها (الا بتنصيص) من رب المال على الاقراض والاستدانة والهبة والتصدق فحينئذ ملكها او فرع

على الاستدانة بقوله (فان شرى بمالها) اى المضاربة (بزا) بفتح الباء الموحدة والزاء المعجمة عند اهل الكوفة ثياب الكتان لاثياب الصوف والخز كما فى المغرب (وقصره) اى غسله باجرة من ماله من قصر يقصر بالضم قصراً وقصارةً او من قصر الثوب بالتشديد اى جمعه فغسله كما فى القهستانى (او حمله) من موضع الى آخر (بماله) اى بمال المضارب لابمالها (فهو) اى المضارب (متبرع) فلا يرجع بماله على رب المال (وان) وصلية (قيل له اعمل برأيك) لانه استدانة على المال بلا اذن صريح فلو قصر بالنشا فحكمه حكم الصبغ (وله) اى للمضارب (الخلط بماله) اى المضارب (والصبغ) بماله (ان قيل له ذلك) اى اعمل برأيك* والمراد بالصبغ ال يصبغه احمر لعدم الخلاف فى كونه زيادة بخلاف السواد فانه نقصان عند الامام *لكن اطلاق المصنف يشعر انه اختار قول الامامين وسكت عن قول الامام تدبر (فلا يضمن) المضارب (به) اى بالخلط لا بالصبغ فانه مأذون فيه لان قول اعمل برأيك ينتظمه فلا يكون به متعديا (ويصير) المضارب (شريكا) لرب المال (بما زاد الصبغ) فيه (حصته) اى حصة قيمة الصبغ (له) اى للمضارب (اذا بيع) المصبوغ (وحصة الثوب) الابيض (فى) مال (المضاربة) حتى اذا كانت قيمة الثوب غير مصبوغ الفا ومصبوغا الفا ومأتين كان الالف للمضاربة ومائتا درهم للمضارب بدل ماله وهو الصبغ بخلاف القصارة والحمل وتمامه فى العناية فليطالع (وان قيدت) المضاربة (ببلد) معين بان قال رب المال للمضارب دفعته مضاربة فى الكوفة مثلا (اوسلعة) اى متاع معين بان قال دفعته مضاربة فى الكرباس مثلا (اووقت) معين بان قال دفعته مضاربة بالصيف مثلا (او معامل معين) بان قال دفعته مضاربة افلان (فليس له) اى للمضارب (ان يجاوز) ما عينه المالك لان المضاربة توكيل وفى التخصيص فائدة لان التجارات تختلف باختلاف الامكنة والامتعة والاوقات والاشخاص * وكذا ليس له ان يدفعه بضاعة الى من يخرجه من تلك البلدة* وقال مالك والشافعى اذا شرط المالك ان لا يشترى الا من رجل بعينه او سلعة بعينها او مالا يعم وجوده لا تصح المضاربة (كما) لا يتعدى الشريك (فى الشركة) عما عينه الشريك الآخر بشئ منها (فان جاوز) المضارب بان يخرج الى غير ذلك البلد فتصرف فيه او اشترى سلعة غير ما عينه او فى وقت غير ما عينه او باع مع غير من عينه (ضمن) لانه صار غاصبا بالمخالفة وكان المشترى له (والربح له) اى للمضارب وعليه خسرانه* ثم قيل يضمن بنفس الاخراج من البلد لوجود المخالفة* وقيل لا يضمن مالم يشتر لاحتمال عوده الى البلد قبل الشراء فان عاد زال الضمان فصار مضاربة على حاله بالعقد الاول (فان قال له) اى قال المالك للمضارب (عامل اهل الكوفة او) عامل (الصيارفة فعامل فى الكوفة غير اهلها) اى الكوفة (او صارف) اى عامل معاملة الصرف (مع غير الصيارفة لا يكون مخالفا) فيجوز لان فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثانى التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك كما فى الهداية (وكذا) لا يكون مخالفا (لو قال اشتر فى سوقها) اى الكوفة (فاشترى فى غيره) اى غير سوق الكوفة لان اماكن المصر كلها سواء فى السعر والنقد

والامن فيجوز (بخلاف قوله لاتشتر فى غير السوق) فانه حينئذ لايجوز لو اشتراه فى غيره فيضمن لانه صرح بالحجر والولاية الى المالك * وفى العناية كلام فليطالع (واذ قال) المالك للمضارب (خذ هذا المال تعمل به) اى بالمال (فى الكوفة) مرفوعا او مجزوما (او) خذ هذا المال (فاعمل به) اى بالمال (فيها) اى الكوفة (او خذه) اى المال المضارب (بالنصف فيها) اى الكوفة (فهو تقييد) فليس له ان يعمل فى غير الكوفة لان قوله تعمل به تفسير لقوله خذه والكلام المبهم اذا تعقبه تفسير كان الحكم للتفسير * وكذا قوله فاعمل به لانه معنى التفسير لان الفاء للوصل والتعقيب والذى وصل الكلام المبهم وتعقبه كان تفسيراله * وكذا لو قال خذه مضاربة بالنصف لان الباء للالصاق فيقتضى ان يكون العمل فيه * وكذا لو قال خذه مضاربة بالنصف فى الكوفة لان فى للظرف وانما تكون البلدة ظرفا اذا حصل الفاعل والفعل * وكذا اذا قال خذه مضاربة على ان تعمل بالكوفة لان على للشرط فيتقيد به كما فى التبيين (بخلاف خذه) اى المال مضاربة (واعمل به فيها) اى فى الكوفة فانه ليس بتقييد حتى لا يضمن فى العمل فى غيرها * لان الواو للعطف والشئ لا يعطف على نفسه وانما يعطف على غيره وقد يكون للابتداء اذا كانت بعدها جملة فتكون مشورة لا شرطا للاول * والضابط ان رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلفظ به ابتداء او يمكن جعله مبنيا على ما قبله يجعل مبنيا عليه كما فى الالفاظ الثلاثة السابقة التى تذكر فى المتن وان استقام الابتداء به لا يبنى على ما قبله ويجعل مبتدأ كما فى اللفظ الاخير (وللمضارب ان يبيع بنسيئة) متعارفة عند التجار كسنة او دونها (ما لم يكن اجلا لا يبيع اليه التجار) كعشرين سنة مثلا * وعند الائمة الثلاثة لا يبيع بنسيئة الا باذنه لان البيع بالنسيئة يوجب قصر يد المضارب عن التصرف فيصير بمنزلة دفعه المال مضاربة فلا يجوز الا بالاذن * ولنا ان البيع بالنسيئة من صنيع التجار وهو اقرب الى تحصيل الربح الذى هو مقصود رب المال فانه بالنسيئة اكثر منه بالنقد * ولهذا كان له ان يشترى دابة للركوب وليس له ان يشترى سفينة للركوب وله ان يستكريها اعتبارا لعادة التجار * كما فى الهداية (وان باع) المضارب (بنقد ثم اخر) اى الثمن (صح اجماعا) اما عندهما فان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى لان المضارب لا يضمن لان له ان يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك * واما عند ابى يوسف فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة كما فى الهداية (وله) اى للمضارب (ان يأذن لعبد المضاربة) اى العبد الذى اشتراه من مال المضاربة (فى التجارة) فى الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار * وعن محمد لا يملك ذلك لانه بمنزلة الدفع مضاربة (وليس له) اى للمضارب (ان يزوج عبدا او امة من مالها) اى مال المضاربة لان التزويج ليس من التجارة مع ان عقد المضاربة يتضمن التوكيل بالتجارة فلا يملك التزويج وان كان اكتسابا بجهة اخرى * وعن ابى يوسف ان المضارب يزوج الامة لانه من الاكتساب اذ يستفيد به المهر وسقوط النفقة من مال المضاربة * وفيه اشارة الى انه لا يحل وطئ جارية المضاربة ربح اولا واذن به اولا * كما فى القهستانى (ولا يجوز للمضارب (ان يشترى به)

اي بمال المضاربة (من يعتق على رب المال) سواء كان ذلك العتق بسبب القرابة كاشتراء ابن رب المال او بسبب اليمين كقوله ان ملكته فهو حر لان حصول الربح غير متصور بالعتق فعقد المضاربة ينافيه (فان شرى) المضاربة من يعتق عليه (كان) الشراء (له) اي لنفس المضارب ويضمن دفعا للضرر (لا لها) اي لا يكون للمضاربة لان الشراء نافذ على المشتري لكونه اصيلا في حق البائع (ولا) يجوز للمضارب (ان يشتري من يعتق عليه) اي على المضارب (ان كان في المال ربح) لانه يعتق نصيبه ويفسد نصيب رب المال بسببه او يعتق على الاختلاف الذي مضى بيانه في العتق * والمراد من الربح هنا ان تكون قيمة العبد المشتري اكثر من رأس المال سواء كان في جملة رأس المال ربح اولا حتى لو كان المال الفا فاشترى بها المضارب عبدين قيمة كل واحد منهما الف فاعتقهما المضارب لا يصح عتقه * واما بالنسبة الى استحقاق المضارب فانه يظهر في الجملة ربح حتى لو اعتقهما رب المال في هذه الصورة صح وضمن نصيب المضارب منهما وهو خمسمائة موسرا كان او معسرا * كما في المنح (فان فعل) اي اشترى من يعتق عليه وقيمته اكثر من رأس المال (ضمن) اي المضارب لانه مشتر لنفسه (وان لم يكن) في المال (ربح صح) شراؤه لانه لا يعتق عليه اذ لا ملك للمضارب فيه لكونه مشغولا برأس المال فيمكنه ان يبيعه للمضاربة فيصح (فان حدث ربح بعد الشراء) بان كان قيمته وقت الشراء قدر رأس المال او اقل ثم ازدادت قيمته حتى صارت اكثر من رأس المال (عتق نصيبه) اي نصيب المضارب لكونه مالكا فربه (ولا يضمن) لرب المال شيأ من قيمته لعدم صنعه في زيادتها فصار كما اذا ورثه مع غيره (بل يسعى المعتق) بفتح التاء (في) قيمة (نصيب رب المال) منه لاحتباس رأس المال ونصيبه من الربح عنده (ولو اشترى المضارب بالنصف امة بالف وقيمتها) اي الامة (الف) فوطئها (فولدت ولدا يساوي الفا فادعاه) اي ادعى المضارب الولد حال كونه (موسرا) اي في حال يساره (فصارت قيمته) اي قيمة الولد (الفا ونصفه) اي خمسمائة (استسعاه) اي الغلام ان شاء (رب المال في الف وربعه) اي ربع الالف وهو مائتان وخمسون (او اعتقه) اي اعتق رب المال الغلام ان شاء (فاذا قبض) رب المال (الالف) من الغلام (ضمن المدعي) اي المضارب (نصف قيمة الامة) * وذلك لان دعوة المضارب وقعت صحيحة ظاهرا لانه يحمل على انه ولده من النكاح بان زوجها البائع له ثم باعها منه وهي حبلى منه حملا لامره على الصلاح * لكن لا تفيد هذه الدعوة لعدم الملك وهو شرط فيها * اذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول برأس المال فلا يظهر الربح فيه لما عرف ان مال المضاربة اذا صارت اجناسا مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس المال لا يظهر الربح عندنا * لان بعضها ليس باولى به من البعض فحينئذ لم يكن للمضارب نصيب في الامة ولا في الولد وانما الثابت له مجرد حق التصرف فلا ينفذ دعوته * فاذا ازدادت قيمته فصارت الفا وخمسمائة ظهر الربح فملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته لوجود شرطها وهو الملك * بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ظهر الربح حيث لا ينفذ اعتاقه السابق لانه انشاء فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعده

بجحوده * واما الدعوة فاخبار فاذا رد في حق غيره فهو باق في حق نفسه فاذا ملكه بعد ذلك
نفذت دعوته كما اذا اخبر بحرية عبد الغير ورد اخباره فاذا ملكه بعد ذلك صار حرا » كما في الدرر هذا

باب

يقرأ بالتنوين وعدمه (المضارب ٢ يضارب) مع آخر * مضاربة المضارب مركبة فلهذا
اخرها عن المفرد (فان ضارب المضارب) اي دفع المضارب مال المضاربة الى آخر مضاربة (بلا
اذن) من رب المال (فلا ضمان) على المضارب اذا هلك المال بمجرد الدفع (ما لم يعمل) المضارب
(الثاني) في المال فاذا عمل ضمن الدافع ربح الثاني اولا (في ظاهر الرواية) عن الامام
(وهو قولهما وفي رواية الحسن عن الامام لا يضمن بالعمل ايضا ما لم يربح) اي الثاني * وقال
زفر يضمن بالدفع تصرف او لم يتصرف وهو رواية عن ابي يوسف وهو قول الثلاثة لانه
دفع ماله الى غيره بلا امر فيضمن * ولنا انه كالايداع قبل العمل * وهو يملك الايداع بنفسه *
وجه ظاهر الرواية ان الربح انما يحصل بالعمل فيقام سبب حصول الربح مقام حقيقة حصوله
في صيرورة المال مضمونا به * هذا اذا كانت المضاربة الثانية صحيحة (وان كانت الثانية فاسدة
فلا ضمان) على الاول (وان) وصلية (ربح) الثاني لانه اجير * والاجير لا يستحق شيأ من
الربح فلا تثبت المضاربة وله اجر مثله على المضارب الاول فيكون الربح بين الاول ورب المال
على ما شرطاه (وحيث ضمن) اي حيث لزم الضمان بعمل الثاني في ظاهر الرواية وبالربح
في رواية الحسن عنه (فلرب المال تضمين ايهما شاء) باجماع اصحابنا (في المشهور) من الرواية
اي خير رب المال ان شاء ضمن المضارب الاول رأس ماله لتعديه عليه وان شاء ضمن الثاني لقبضه
بغير اذن المالك « وان اختار رب المال ان يأخذ الربح ولا يضمن ليس له ذلك » كما في المبسوط « فان
ضمن الاول صحت المضاربة بينه وبين الثاني لانه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى
غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال نفسه وكان الربح على ما شرطا وان ضمن
الثاني رجع بما ضمن على الاول بالعقد لانه عامل له كالمودع ولانه مغرور من جهته في ضمن
العقد وصحت المضاربة بينهما ويكون الربح بينهما على ما شرطا ويطيب للثاني ما ربح لانه
يستحقه بالعمل ولا خبث في العمل ولا يطيب للاول لانه يستحقه بملكه المستند باداء الضمان
ولا يعرى عن نوع خبث » كما في الهداية (وقيل على الخلاف في ايداع المودع) اي يضمن الاول
فقط ولا يضمن الثاني عند الامام وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع فان عنده
لا يضمن وعندهما يتخير * والفرق بينهما للامام ان مودع المودع كان يقبضه لنفع الاول
فلا يكون ضامنا * اما المضارب الثاني فيعمل فيه لنفع نفسه فجاز ان يكون ضامنا (وان اذن) رب
المال (له) اي للمضارب بالدفع الى آخر (بالمضاربة فضارب) المضارب (بالثلث و) الحال
انه (قد قيل له) اي وكان رب المال قال للمضارب الاول (ما رزق الله بيننا نصفان او) ما رزق الله
(فلي نصفه او ما فضل) من رأس المال (فنصفان) فعمل الثاني وربح فنصف الربح لرب المال وثلثه
للثاني اي للمضارب الثاني (وسدسه للاول) اي للمضارب الاول لان الدفع الى الثاني مضاربة
لانه باذن المالك وقد شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى وقد جعل المضارب الاول

٢ «قوله يضارب» حال من المضارب او صفة له لكونه في معنى النكرة على طريقة قوله «ولقد امر على اللئيم يسبني» * منه

للثانى ثلثه فينصرف ذلك الى نصيبه لانه لايقدر ان ينقص من نصيب رب المال شيأ فيبق للاول السدس ويطيب ذلك لكلهم لان رب المال يستحقه بالمال وهما بالعمل (وان دفع المضارب الاول للثانى (بالنصف) والمسئلة بحالها (فنصفه) اى الربح (لرب المال ونصفه للثانى) اى للمضارب الثانى (ولاشئ للاول) لان المالك شرط لنفسه نصف جميع الربح فانصرف شرط الاول النصف للثانى الى نصيبه فيكون للثانى بالشرط ويخرج الاول بغير شئ لانه لم يبق له (وان شرط) الاول (للثانى الثلثين) اى ثلثى الربح والمسئلة بحالها (فكما شرط) يعنى لرب المال النصف وللمضارب الثانى الثلثان (ويضمن) المضارب (الاول للثانى سدسا) اى سدس الربح من ماله لان المالك شرط النصف لنفسه فله ذلك واستحق المضارب الثانى ثلثى الربح بشرط الاول لان شرطه صحيح لكونه معلوما لكن لاينفذ فى حق المالك اذ لايقدر ان يغير شرطه فيغرم له قدر السدس تكملة للثلثين لالتزامه بالعقد (وان كان قيل له) اى للمضارب الاول يعنى قال له رب المال (مارزقك الله اوماربحت بيننا نصفان فدفع) المضارب لآخر مضاربة (بالثلث) فعمل الثانى وربح (فلكل منهم) اى لكل واحد من المالك والمضارب الاول والثانى (ثلثه) لان ثلث الربح مشروط للثانى ومابقى من الربح ثلثان وهو مرزوق للاول فنصف الثلثين هو الثلثين لرب المال على ماشرط ولايبقى للاول الا الثلث ويطيب لهم ايضا (وان دفع) المضارب لآخر مضاربة (بالنصف) فى هذه الصورة (فللثانى نصف) الربح (ولكل من) المضارب (الاول ورب المال ربع) الربح لان الاول شرط للثانى نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ماربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما (ولو شرط) المضارب (لعبد رب المال ثلثا) من الربح (ليعمل) العبد (معه) اى مع المضارب (و) شرط (لرب المال ثلثا) من الربح ولنفسه ثلثا صح ذلك لان اشتراط العمل على العبد لايمنع التخلية والتسليم من المالك سواء عليه دين اولا لان للعبد يدا معتبره فيكون منفردا خصوصا اذا كان مأذونا واشتراط العمل اذن له فتكون حصته للمولى ان لم يكن على العبد دين والا فهو لغرمائه ان شرط عمله والا فهو للمولى * قوله «معه» عادي وليس بقيد بل يصح الشرط ويكون للمولى وان لم يشترط عمله * قيد بعبد رب المال لان عبد المضارب لو شرط له شئ من الربح ولم يشترط عمله لايجوز ويكون ماشرط لرب المال اذا كان على العبد دين والا يصح سواء شرط عمله اولا ويكون للمضارب * وقيد بكون العاقد المولى لانه لو عقدها المأذون مع اجنبي وشرط عمل مولاه لم يصح ان لم يكن عليه دين وهو الاصح عند الامام خلافا لهما * وقيد باشتراط عمل العبد لان اشتراط عمل رب المال مع المضارب مفسد وكذا اشتراط عمل المضارب مع مضاربه او عمل رب المال مع الثانى * ولو شرط بعض الربح للمساكين او للحج او فى الرقاب لم يصح ويكون لرب المال * ولو شرط لمن شاء المضارب فان شاء لنفسه اولرب المال صح وان شاء لاجنبي لم يصح * كما فى البحر (وتبطل) المضاربة (بموت احدهما) اى بموت المالك او المضارب لكونها وكالة

وهى تبطل به ولا يورث (و) تبطل ايضا (بلحاق رب المال) بدار الحرب حال كونه (مرتدا) العياذ بالله تعالى اذا حكم بلحوقه من يوم ارتد وانتقل ملكه الى ورثته فما تصرف المضارب بعد ذلك فى المال * الا اذا كان متاعا او عروضا فبيعه وشراؤه فيه جائز حتى يحصل رأس المال * قيد بلحوقه لانه لو ارتد ولم يلحق فتصرفه موقوف فان عاد بعد لحوقه مسلما فالمضاربة على حالها * كما فى البحر * بخلاف الوكيل * والفرق ان محل التصرف خرج عن ملك الموكل ولم يتعلق به حق الوكيل بخلاف المضارب * لكن ينبغى ان يكون هذا اذا لم يحكم بلحوقه اما اذا حكم فلا تعود المضاربة لانها بطلت كما هو ظاهر كلام الاتقانى * لكن فى العناية * تعود سواء حكم بلحاقه او لا * (لا) تبطل المضاربة (بلحاق المضارب) اجماعا * لان تصرفات المرتد انما تتوقف عند الامام لتوقف فى املاكه ولا ملك للمضارب فى مال المضاربة فبقيت المضاربة على حالها فان مات او قتل او لحق وحكم بلحاقه بطلت المضاربة * كما فى السراج (ولا ينعزل) المضارب (بعزله) اى بعزل رب المال اياه (مالم يعلم) المضارب (به) اى بالعزل لانه وكيل من جهته فيشترط فيه العلم بعزله (فان علم) المضارب بعزله (والمال عروض فله) اى للمضارب (بيعها) اى العروض مطلقا لان له حقا فى الربح ولا يظهر الا بالنقد فيثبت له حق البيع ليظهر ذلك (ولا يتصرف فى ثمنها) اى فى ثمن العروض التى باعها لان البيع بعد العزل كان للضرورة ليظهر الربح ولا حاجة اليه بعد النقد * ولا يملك المالك فسخها فى هذه الحالة لان للمضارب حقا فى الربح * كما فى البحر (وان كان) مال المضاربة (نقدا من جنس رأس المال) اى مال عقد المضاربة حين علمه بعزله (لا يتصرف) المضارب (فيه) اى النقد لعدم الحاجة اليه وهو معزول (وان) كان المال (من غير جنسه) اى غير جنس رأس المال (فله) اى للمضارب (تبديله بجنسه) اى اذا كان رأس المال دراهم وهو معزول ومعه دنانير له بيعها بالدراهم (استحسانا) لان الواجب للمضارب ان يرد مثل رأس المال وهو يتحقق برد جنسه فكان له تبديله بجنسه ضرورة * وفى القياس لا يبدل لان النقدين جنس واحد من حيث الثمنية (ولو افترقا) اى المضارب ورب المال بالفسخ (و) كان (فى المال دين على الناس لزمه) اى المضارب (الاقتضاء) اى مطالبة الدين شرعا (ان كان) فيه (ربح لانه يأخذ الاجر فعليه عمل الطلب (والا) اى وان لم يكن فيه ربح (فلا) يلزم الاقتضاء لانه وكيل محض وهو متبرع فلا جبر على المتبرع (ويوكل) المضارب (المالك به) اى بالاقتضاء لان المضارب هو العاقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد فلا بد من توكيله المالك فى الطلب اذا امتنع كيلا يضيع حق رب المال حيث لا يدفع المديون الدين اليه وانما يدفعه الى من عقد معه او الى وكيله (وكذا) اى مثل هذا حكم (سائر الوكلاء) فانهم اذا امتنعوا عن الاقتضاء يوكلون الملاك (والبياع) من باع الناس باجر (والسمسار) بالكسر المتوسط بين البائع والمشترى يبيع ويشترى للناس باجر من غير ان يستأجر (يجبران عليه) اى على الاقتضاء لوجود سبب الاجبار وهو العمل باجرة عادة فجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجب عليهما التقاضى والاستيفاء لانه وصل اليهما

بدل عملهما فصارا كالمضارب اذا كان فى المال ربح (وماهلك من مال المضاربة صرف الى الربح اولا) دون رأس المال لانه تابع ورأس المال اصل فينصرف الهالك الى التابع كما فى مال الزكاة الى العفو ابتداء (فان زاد) الهالك (على الربح لايضمن المضارب) لكونه امينا سواء كان من عمله اولا ويقبل قوله فى هلاكه وان لم يعلم ذلك كما قيل فى الوديعة وسواء كانت المضاربة صحيحة او فاسدة فهى امانة عند الامام وعندهما ان كانت فاسدة فالمال مضمون كما فى المنح * وهو قول الطحاوى لكن * ظاهر الرواية عدم الضمان فى الكل كما قررناه فى قوله ولا يضمن المال فيها (فان اقتسماه) اى المضارب والمالك الربح (وفسخت) المضاربة (ثم عقدت المضاربة جديدا (فهلك المال او بعضه فى يد) المضارب (لايترادان) اى المضارب والمالك (الربح) المقسوم لان المضاربة الاولى قد انتهت وثبوت الثانية بعقد جديد فهلاك المال فى الثانى لايوجب انتقاض الاول كما لو دفع اليه مالا آخر (وان اقتسماه من غير فسخ) ثم هلك المال كله او بعضه (تراداه) اى المضارب والمالك الربح المقسوم (حتى يتم رأس المال) لان الربح تابع فلا يسلم بدون سلامة الاصل (فان فضل شئ) من الربح بعد ما استوفى رأس المال (اقتسماه) اى ما فضل لانه ربح (وان لم يف) اى الربح ماهلك من رأس المال (فلا ضمان على المضارب) لانه امين فيه

فصل

فى المتفرقات (ولا ينفق المضارب من مالها) اى مال المضاربة (فى مصره) الذى ولد فيه (اى فى مصر اتخذه دارا) اى وطنا اذ لا يحتبس فيه لعمل المضاربة بل يسكن فيه بالسكنى الاصلى عمل اولم يعمل * قيد باتخذه وطنا لانه لو نوى الاقامة فى مصر ولم يتخذه وطنا فنفقته من مال المضاربة ولا ينفق (فى) المضاربة (الفاسدة) لانه اجير ولا نفقة له (فان سافر) المضارب للتجارة فى المضاربة (فطعامه وشرابه من مالها) اى مال المضاربة لان النفقة تجب بسبب الاحتباس كنفقة القاضى والزوجة فاذا سافر صار محبوسا به فتجب مؤنته الراتبة فيه * خلافا للشافعى (بالمعروف) اى بحيث لا يعد مثل هذا الانفاق فى عرفهم اسرافا (وكذا كسوته) بالمعروف (وركوبه شراء واستيجارا) وعلف الدابة التى يركبها فى سفره وحوائجه * والركوب بالفتح المركوب (وكذا اجرة خادمه) اى خابزه وطابخه وغاسل ثيابه وعامل ما لابد له منه اعتبارا لعادة التجار (وفراش ينام عليه وغسل ثيابه) « مستدرك بقوله وخادمه الا ان يراد به ثمن ما يغسل به مثل الحرض والصابون » كما فى الكفاية (و) كذا (الدهن) بفتح الدال وسكون الهاء بمعنى الادهان (فى موضع يحتاج فيه اليه) اى الى الدهن كالحجاز * وكذا اجرة الحمام والحلاق ودهن السراج والحطب * وانما قلنا اعتبارا لعادة التجار لان غسل الثياب ونحوه ليس مما لابد له منه فكان ينبغى ان لايكون من مال المضاربة كاجرة الحمام ولكن فى عادة التجار لابد منه لازدياد رغبات الناس فى معاملتهم ولا يعدونهم فى عداد المفاليس (وضمن) المضارب (ماكان زائدا على العادة) لانتفاء الاذن (ونفقته) اى المضارب (فى مصره من ماله) لما مر انها جزاء الاحتباس « هذا تصريح بما علم ضمنا فى قوله * ولا ينفق المضارب من مالها فى مصره » فلو اقتصر لكان اخصر (كالدواء) فانه

من ماله فى ظاهر الرواية لان الحاجة الى النفقة دائمة بخلاف الدواء لانه قد يمرض وقد لا يمرض فلا يعد من جملة النفقة سواء كان فى السفر او الحضر فيكون من ماله كزوجة يكون دواؤها من مالها * وعن الامام ان الدواء من مال المضاربة لانه لا يتمكن من التجارة الا به فيصير كالنفقة (ورد مابقى من كسوة وغيرها) كالطعام ونحوه (اذا قدم) من السفر الى مسكنه (الى رأس المال) لانتهاء الاستحقاق بانتهاء السفر (ومادون السفر كسوق المصر) فى كون نفقته فى ماله لا فى مال المضاربة (ان امكنه ان يغدو ويبيت فى اهله) لان اهل السوق يتجرون فى اسواق المصر ويبيتون فى منازلهم مع ان ذهابهم وايابهم لمصالح انفسهم لا للغير (والا) اى وان لم يمكنه ان يغدو ويبيت باهله (فكالسفر) فى كون نفقته فى مال المضاربة لا فى مال نفسه لان ذهابه قد صار للمضاربة يقينا (وليس للمستبضع الانفاق من مالها) اى من مال البضاعة لانه كالوكيل فيكون متبرعا فلا تجب له النفقة (ويؤخذ ما نفقه المضارب من الربح اولا) يريد ان المضارب اذا انفق من مال المضاربة فربح يأخذ المالك من الربح مقدار ما انفقه المضارب من رأس المال ليكمل رأس المال (وما فضل) من الربح (قسم) بينهما على ما شرط فتكون النفقة مصروفة الى الربح لا الى رأس المال * وفيه اشارة الى انه ان لم يربح تجب النفقة من رأس المال * كما فى الفرائد * ولو انفق المضارب من ماله ثم هلك مال المضاربة لم يرجع على رب المال (وان سافر) المضارب (بماله ومال المضاربة) او خلط ماله بمال المضاربة باذن رب المال (او) سافر (بمالين لرجلين انفق بالحصة) اى توزع النفقة على قدر الحصص من المال (وان باع) المضارب (متاع المضاربة مرابحة يحسب ما انفقه) اى المضارب (عليه) اى على المتاع (من) اجرة (حمل ونحوه) مما جرت العادة بين التجار بضمه كاجرة السمسار والقصار والصباغ وقال * قام على بكذا * لان هذه الاشياء تزيد فى القيمة وتعارف التجار الحاقها الى رأس المال فى بيع المرابحة * فلهذا قال فى التنوير * وكذا يضم الى رأس المال ما يوجب زيادة فيه حقيقة او حكما او اعتاده التجار * وهذا هو الاصل كما فى النهاية * (لا) يحسب (نفقة نفسه) اى نفس المضارب فى سفره اذا باع مرابحة لانها لا تزيد فى القيمة (ولو شرى مضارب بالنصف بالف المضاربة بزا وباعه) اى البز (بالفين واشترى بهما عبدا فضاعا) اى الالفان (فى يده) اى المضارب (قبل نقدهما) اى الالفين (يغرم) المضارب (ربعهما) اى ربع الالفين وهو خمسمائة (و) يغرم (المالك الباقى) وهو الف وخمسمائة * لان المال لما صار الفين ظهر الربح فى المال وهو الف فكان بينهما نصفين فنصيب المضارب منه خمسمائة * فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتركا بينهما فربعه للمضارب وثلاثة ارباعه للمالك * ثم اذا ضاع الالفان قبل النقد كان عليهما ضمان ثمن العبد على قدر ملكهما فى العبد فربعه على المضارب وثلاثة ارباعه على المالك (وربع العبد للمضارب وباقيه) وهو ثلاثة ارباعه (للمضاربة) لان نصيب المضارب خرج عن المضاربة لانه صار مضمونا عليه ومال المضاربة امانة وبينهما تناف ونصيب رب المال على المضاربة لعدم ما ينافيها (ورأس المال) وهو جميع ما دفع رب المال الى المضارب (الفان وخمسمائة)

لانه دفع اليه مرة الفا واخرى الفا خمسمائة (ولا يبيعه) اى المضارب العبد (مرابحة الا على الفين) ولا يقول * قام على بالفين وخمسمائة * اذ الشراء وقع بالفين فلا تضم الوضيعة التى وقعت بسبب الهلاك فى يد المضارب (فلو بيع) العبد المذكور بعد ذلك (باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف) بعد رفع المضارب حصته وهى الالف لانه لما ضمن ربع العبد كان ربعه ملكه خاصة فالالف ربعه لكون ثمنه اربعة آلاف ثم يرفع منها رأس المال وهو الفان وخمسمائة (والربح منها خمسمائة بينهما) اى بين المضارب ورب المال فتكون حصة كل منهما خمسين ومائتين (ولو اشترى رب المال عبداً بخمسمائة فباعه من المضارب بالف لا يبيعه) المضارب العبد (مرابحة الا على خمسمائة) ولا يقول قال على بالف لان بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لانه وكيله فيكون بيع ماله بماله فيكون كالمعدوم * وكذا لو كان بالعكس بان اشترى المضارب عبدا بخمسمائة فباعه من رب المال بالف يبيعه مرابحة على خمسمائة لان البيع الجارى بينهما كالمعدوم (ولو اشترى مضارب بالنصف بالف المضاربة عبدا يعدل) اى تساوى قيمته (الفين فقتل) ذلك العبد (رجلا) قتلا (خطأ) فامر بالدفع او الفداء فاذا دفعا العبد الى ولى المقتول انتهت المضاربة بهلاك مالهما بالدفع بلا بدل * وكذا ان فديا خرج العبد عن المضاربة اما خروج حصة المضارب فلتقرر ملكه فى العبد بالفداء فصار كالقسمة واما خروج حصة المالك فلسلامة الحصة منه بضمان الفداء (فربع الفداء عليه) اى المضارب (وباقيه) وهو ثلاثة ارباعه (على المالك) لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره وقد كان الملك بينهما ارباعا فكذا الفداء (واذا فدى) على بناء المجهول يعنى اذا فديا صار العبد لهما * ولكن (خرج عن المضاربة) فبقى ارباعا (ويخدم المضارب يوما والمالك ثلاثة ايام) بحكم الاشتراك بينهما لانه بحكم الفداء كأنهما اشترياه * ولو اختار رب المال الدفع واختار المضارب الفداء مع ذلك فله الفداء * ثم اعلم ان العبد المشترى فى المضاربة اذا جنى خطأ لا يدفع بها حتى يحضر المضارب والمالك سواء كان الارش مثل قيمة العبد او اقل او اكثر * وكذا لو كانت قيمته الفا لا غير لا يدفع الا بحضرتهما * والحاصل انه تشترط حضرة المالك والمضارب للدفع دون الفداء الا اذا ابى المضارب الدفع والفداء وقيمته مثل رأس المال فلرب المال دفعه لتعينه فان كان احدهما غائبا وقيمة العبد الفا درهم ففداء الحاضر كان متطوعا * كما فى البحر * وذكر قاضيخان * ان المضارب ليس له الدفع والفداء وحده لانه ليس من احكام المضاربة فلهذا كان اليهما * (ولو اشترى بالف المضاربة عبداً وهلك الالف قبل نقده) اى قبل دفعه الى البائع (دفع المالك الثمن) يعنى الفا آخر (ثم) اذا جهز المالك الفا آخر ليدفعه وهلكت قبل النقد يدفع اليه نقدا آخر (وثم) كذلك الى ما لا يتناهى حتى يصل الثمن الى البائع لان هلاك الامانة كهلاكها فى يد المالك (وجميع ما دفع) المالك من الالفين او الثلاثة والاكثر (رأس المال) لان المال فى يد المضارب امانة دون استيفاء لان حكم الامانة ينافيه وليس فيه تضييع حق رب المال لانه يلحق برأس المال بخلاف الوكيل حيث لا يرجع عند هلاك الثمن بعد الشراء الامرة

واحدة فان قبضه بعد الشراء استيفاء فيصير مضمونا عليه فلا يرجع على الموكل مرة اخرى (ولو كان مع المضارب الفان فقال) المضارب لرب المال (دفعت الى الفا وربحت الفا وقال المالك بل دفعت اليك الالفين فالقول للمضارب) وقال زفر «القول لرب المال» وهو قول الامام اولا * لان المضارب يدعى الربح والشركة فيه ورب المال ينكره فالقول قول المنكر ثم رجع وقال «القول قول المضارب» وهو قولهما لانهما اختلفا في المقبوض والقول في مقداره للقابض ولو ضمينا اعتبارا بما لو انكره اصلا فان القول له (ولو اختلفا مع ذلك) اى مع الاختلاف في رأس المال (في قدر الربح فللمالك) اى فالقول لرب المال في مقدار الربح فقط لان الربح يستحق بالشرط وهو مستفاد من جهته فايهما اقام البينة على ما ادعاه من فضل قبلت وان اقاماها فالبينة بينة رب المال في دعواه الزيادة في رأس المال والبينة بينة المضارب في دعواه الزيادة في لربح (ولو قال من معه الف قدربحوبها) الجملة حال او صفة الف (هي مضاربة زيد وقال زيد بل بضاعة) ابضعتها لك (فالقول لزيد) لان من معه الف يدعى عليه تقويم عمله او شرطا من جهته او الشركة في ماله وهو ينكر فالقول قول المنكر (وكذا لو قال ذو اليد هي قرض قال زيد) بل (بضاعة او وديعة او مضاربة) يكون القول لزيد وهو رب المال والبينة للذي في يده المال لانه يدعى عليه تمليك الربح وهو ينكر * ولو كان بالعكس ان ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالبينة بينة المضارب لان رب المال يدعى عليه الضمان وهو ينكر وايهما اقام البينة قبلت * وان اقاماها فبينة رب المال اولى لانها مثبتة للضمان (ولو قال المضارب لرب المال (اطلقت وقال المالك عينت نوعا) من التجارة (فالقول للمضارب) مع يمينه لان الاصل فيه العموم * والاطلاق والتخصيص يصير لعارض الشرط «وتقبل بينة من اقامها * فان اقاماها فان وقتا وتقابل صاحبها يقضى بالمتأخرة وان لم يوقتا اووقتا على السواء اووقت احدهما دون الاخرى قضى ببينة رب المال» كما في البحر (ولو ادعى كل) اى كل واحد من رب المال والمضارب (نوعا) مغايرا لما يدعيه الآخر (فللمالك) اى القول للمالك مع يمينه «لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة للمضارب لاحتياجه الى نفي الضمان ولو وقت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول» كما في الهداية * فان قلت ان البينة للاثبات لا للنفي واجيب بان اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفي الضمان فاقام صاحب الهداية اللازم مقام الملزوم وفي المنح «وان لم يوقتا او وقتا على السواء او وقتت احدهما دون الآخر فالبينة للمالك» وان كان المالك يدعى العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا » كذا في الذخيرة »

كتاب الوديعة

لا خفاء في اشتراكها مع ما قبلها في الحكم وهو الامانة * وهي في اللغة مشتقة من الودع * وهو مطلق الترك قال عليه السلام * لينتهين اقوام عن ودعهم الجماعات او ليختمن على قلوبهم ثم ليكتبن من الغافلين اى عن تركها * يقال له مودع بفتح الدال وتاركها مودع بكسرها * وفي الشريعة (الايداع تسليط المالك غيره على حفظ ماله) صريحا او دلالة لما قال في المحيط او انفتق زق رجل فاخذه رجل ثم تركه

ولم يكن المالك حاضرا يضمن لانه لما اخذه فقد التزم حفظه دلالة وان لم يأخذه ولم يذق منه لا يضمن وان كان المالك حاضرا لا يضمن في الوجهين *(والوديعة ما يترك عند الامين للحفظ) مالا كان او غيره * وركنها الايجاب صريحا كقوله * ودعتك هذا المال * او كناية كما لو قال لرجل * اعطني الف درهم * او قال لرجل في يده * اعطيه * فقال * اعطيتك * فهذا على الوديعة كما في المنح * او فعلا كما لو وضع ثوبه بين يدي رجل ولم يقل شيأ فهو ايداع * ما لو قال لم اقبله لم يضمن بالهلاك لان الدلالة لا يعارض بالصريح والقبول من المودع صريحا كقوله قبلتها او نحوه * او دلالة كما لو سكت عند وضعه بين يديه لما قال في الخلاصة او وضع كتابه عند قوم فذهبوا وتركوه ضمنوا اذا ضاع وان قام واحد بعد واحد ضمن الاخير لانه تعين للحفظ فتعين الضمان * ولهذا لو وضع ثيابه في الحمام برأى الثيابي كان ايداعا وان لم يتكلم ولا يكون الحمامي مودعا ما دام الثيابي حاضرا فان كان غائبا فالحمامي مودع ولو قال لصاحب الخان اين اربطها فقال هناك كان ايداعا * كما في المنح * وفي البزازية لبس ثوبا برأى الثيابي فظن الثيابي انه ثوبه فاذا هو ثوب الغير ضمن هو الاصح ولو نام الحمامي وسرق الثوب ان نام قاعدا لا يضمن وان مضطجعا يضمن * وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه حتى لو اودع الطير الآبق في الهواء او المال الساقط في البحر لا يصح وكون المودع مكلفا شرط لوجوب الحفظ عليه حتى لو اودع صبيا فاستهلكها لم يضمن ولو كان عبدا محجورا ضمن بعد العتق كما سيأتي ولو كانت الوديعة عبدا فقتله الصبي ضمن عاقلة الصبي قيمته وخير مولى العبد بين الدفع والفداء * وحكمها وجوب الحفظ وصيرورة المال امانة في يده ووجوب ادائه عند طلب مالكه * وشرعية الايداع بقوله تعالى * ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها * واداء الامانة لا يكون الا بعدها وبالسنة * لانه عليه السلام كان يودع ويستودع * وبالاجماع على ان قبول الوديعة من باب الامانة وهي مندوبة لقوله تعالى * وتعاونوا على البر والتقوى * وقوله عليه السلام * والله في عون العبد ما دام العبد في عون اخيه *(وهي) اي الوديعة (امانة) * الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص لان الوديعة خاصة والامانة عامة * وحمل العام على الخاص صحيح دون العكس كما يقال الانسان حيوان ولا يقال الحيوان انسان * فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة ما يقع في يده من غير قصد بان هبت الريح بثوب انسان والقته في حجر غيره * وفي الوديعة يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وفي الامانة لا يبرأ بعد الخلاف * كما في النهاية والكفاية * وقال يعقوب باشا * وفيه كلام وهو انه اذا اعتبر في احدهما القصد وفي الاخرى عدمه كان بينهما تباين لا عموم وخصوص * والاولى ان يقال والامانة قد تكون بغير قصد كما لا يخفى * اه * لكن يمكن الجواب بان المراد بقوله * والامانة ما يقع في يده من غير قصد * كونها بلا اعتبار قصد لا ان عدم القصد معتبر فيها حتى يلزم التباين بل هي اعم من الوديعة لانها تكون بالقصد فقط والامانة قد تكون بالقصد وبغيره تدبر * وما في العناية من انه * قد ذكرنا ان الوديعة في الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة اعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد * فيه كلام وهو ان الامانة مباينة للوديعة بهذا المعنى لانها اعم منها لان التسليط على

الحفظ فعل المودع وهو المعنى والامانة هى عين من الاعيان فيكونان متباينين * والاولى ان يقول والوديعة ماتترك عند الامين * كذا فى هذا المختصر (فلا يضمن) اى لا يضمن المودع الوديعة بغير تعد (بالهلاك) سواء امكن التحرز عنه او لا هلك معها للمودع شئ او لا لقوله عليه السلام «ليس على المستودع غير المغل ضمان» ولان شرعيتها لحاجة الناس اليها ولو ضمنها المودع امتنع الناس من قبولها وفى ذلك تعطيل المصالح واشتراط الضمان على الامين باطل وبه يفتى كما فى اكثر المعتبرات * واستثنى صاحب الدرر فقال «الا ان يموت المودع مجهلا اى لم يبين حال الوديعة فانه حينئذ يكون متعديا فيضمن * وكذا الامناء اى كل امين مات مجهلا لحال الامانة يضمن الا متوليا اخذ الغلة ومات مجهلا وسلطانا اودع بعض الغانمين بعض الغنيمة ومات مجهلا اى بلا بيان المودع وقاضيا اودع مال اليتيم ومات مجهلا بلا بيان المودع » اه * لكن اولى الموافق لما فى الخلاصة «واودع بعض الغنيمة بعض الناس» لكن الانحصار على الثلاثة لا يليق لان الوصى اذا مات مجهلا فلا ضمان عليه * وكذا الاب اذا مات مجهلا مال ابنه * وكذا اذا مات الوارث مجهلا ما اودعه عند مورثه * وكذا اذا مات مجهلا لما القته الريح فى بيته * وكذا اذا مات مجهلا لما وضعه مالكه فى بيته بغير علمه * وكذا اذا مات الصبى مجهلا لما اودع عنده محجورا * وكذا لو مات احد المتفاوضين ولم يبين حال المال الذى فى يده لم يضمن نصيب شريكه (وللمودع ان يحفظها) اى الوديعة (بنفسه) فى داره ومنزله وحانوته ولو اجارة او عارية (وعياله) من زوجته وولده ووالده واجيره المساكنة سواء كانوا فى نفقته او لا * وكذا لو حفظت الزوجة الوديعة بزوجها فضاعت لا تضمن الزوجة لانه ساكن معها بلا نفقة منها * والمراد من الاجير التلميذ الخاص الذى استأجره مسانهة او مشاهرة بشرط ان يكون طعامه وكسوته عليه وولده الكبير ان كان فى عياله دون الاجير المياومة * وعند الشافعى واشهب المالكى يضمن بالدفع وشرط كون من فى عياله امينا فلو دفع الى زوجته وهى غير امينة وهو غير عالم بذلك او تركها فى بيته الذى فيه ودائع الناس وذهب فضاعت ضمن » كما فى الخلاصة (وله) اى للمودع (السفر بها) اى بالوديعة (عند عدم النهى) عن المالك (والخوف) على الوديعة بالاخراج بان كان الطريق امينا لا يقصد احد بسوء غالبا او قصده وكنه دفعه بنفسه او برفقته * هذا عند الامام سواء كان له حمل ومؤنة او لا لان الامر مطلق فلا يتقيد بالمكان كما لا يتقيد بالزمان * واما اذا قال احفظها فى هذا المصر ولا تخرجها منه فان كان سفرا له بد منه ضمن وان كان سفرا لا بد منه ان كان فى المصر من فى عياله فكذلك لانه امكنه تركها فى اهله والا لم يضمن ويضمن لو سافر بها فى البحر اجماعا (خلافا لهما فيماله حمل ومؤنة) لان الظاهر من حال صاحبها انه لا يرضى به فيتقيد * لكن قيل عند ابى يوسف اذا كان السفر بعيدا فليس له ذلك فيماله حمل ومؤنة * وعند محمد ليس له السفر بها بعيدا كان او قريبا فيماله حمل ومؤنة * وقال الشافعى ليس له ذلك فى الوجهين (فان حفظها) اى المودع الوديعة (بغيرهم) اى بغير من فى عياله فضاعت (ضمن) «المودع او ذلك الغير» كما فى القهستانى * لان صاحبها لم يرض بيد غيره * والايدى تختلف فى الامانة *

لكن روى عن محمد ان المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وليس فى عياله او دفع الى امين من امنائه ممن يثق به فى ماله وليس فى عياله لا يضمن* وفى النهاية* وعليه الفتوى* ثم قال* ومن هذا لم يشترط فى التحفة فى حفظ الوديعة بالعيال * (الا اذا خاف) المودع (الحرق) بان وقعت نار العياذ بالله فى داره فيخاف هلاك الوديعة (او) خاف (الغرق) كذلك (فدفعها) اى الوديعة (الى جاره) فى صورة الحرق (او) دفعها (الى سفينة اخرى) فى صورة الغرق فضاعت لا يضمن لانه لا يمكنه ان يحفظها فى هذه الحالة الا بهذا الطريق فصار مأذونا فيه دلالة* ولهذا قال فى الخلاصة * امرأة حضرتها الوفاة وعندها وديعة فدفعتها الى جارة لها فهلكت عندها ان لم يكن وقت وفاتها بحضرتها احد من عيالها لا يضمن* وفى التبيين* هذا اذا لم يمكنه ان يدفعها الى من هو فى عياله وان امكنه ان يحفظها فى ذلك الوقت بعياله فدفعها الى الاجنبى يضمن لانه لا ضرورة له فيه* وكذا لو القاها فى سفينة اخرى وهلكت قبل ان تستقر فيها بان وقعت فى البحر ابتداء او بالتدحرج يضمن لان الاتلاف حصل بفعله «وفى المنح» ان ادعى المودع التسليم الى جاره او الى فلك آخر صدق ان علم وقوعه اى الغرق ببينة وان لم يعلم لا يصدق» (فان طلبها) اى الوديعة (ربها فحبسها) اى حبس المودع الوديعة (و) الحال هو قادر على تسليمها) اى الوديعة (صار غاصبا) فيضمن ان ضاعت لوجود التعدى منه* وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنها بحبسه عنه* وفيه اشارة الى انه لو استردها فقال لم اقدر ان احضر هذه الساعة فتركها فهلكت لم يضمن لانه بالترك صار مودعا ابتداء* والى انه لو استردها فقال اطلبها غدا فلما كان من الغد قال هلكت لم يضمن ان هلكت قبل قوله اطلبها» كما فى القهستانى* «والى انه لو طلب وقت الفتنة ولم يردها خوفا على نفسه او على ماله بان كان مدفونا مع ماله لا يضمن» كما فى شرح المجمع (وكذا) يضمن ان هلكت (لو) اطلبها صاحبها و (جحده) اى جحد عند مالكها على حذف المضاف بقرينة مقابله وهو قوله بخلاف جحدها عند غيره (اياها) اى الوديعة بان قال لم تودعنى (وان) وصلية (اقر بعده) اى بعد الجحود لان بالطلب ارتفع عقد الوديعة فصار غاصبا بعده (بخلاف جحدها) اى الوديعة (عند غيره) اى غير المودع فانه لا يضمن* وقال زفر يضمن لان بالجحود صار غاصبا فيضمن* ولنا ان انكاره عند غيبة المالك كان لحفظ الوديعة خوفا عليها من طمع طامع فلا يكون موجبا للضمان بخلاف حضرته «وفيه اشارة الى انه لو قال له ماحال وديعتى عندك ليشكر على حفظها فجحدها لا ضمان عليه* والى ان المودع لو ادعى ان المالك وهبها منه او باعها له وانكر صاحبها ثم هلكت لا يضمن» كما فى الخلاصة* والى ان تكون الوديعة منقولا لانها لو كانت عقارا لا يضمن بالجحود عند الشيخين خلافا لمحمد كما فى التبيين* وفى البحر هذا اذا نقلها من مكانها وقت الانكار لانه لو لم ينقلها من مكانها حال جحوده فهلكت لا ضمان عليه* وقال صاحب المنح «ولو جحد الوديعة ثم ادعى ردها بعد ذلك وبرهن على الرد قبل برهانه وبرئ منها قبل الجحود وقال غلطت فى الجحود او نسيت او ظننت انى دفعتها وانا صادق

فى قوله لم يستودعنى فان بينته تقبل فى قول الشيخين* وفى الاقضية لو قال لم يستودعنى ثم ادعى الرد والهلاك لا يصدق* ولو قال ليس له على شئ ثم ادعى الرد او الهلاك يصدق* وتمامه فيه فليطالع (وان خلطها) اى المودع الوديعة (بماله) اى بغير اذن المالك لانه ان خلطها باذنه لان شريكا فيه (بحيث لا يتميز فان) خلطها (بجنسها) كخلط الحنطة بالحنطة فى غير المائع والابن بالابن فى المائع (ضمن) المودع لانه صار مستهلكا لها واذا ضمنها ملكها (وانقطع حق المالك منها) اى من الوديعة (فى المائع وغيره عند الامام) لكن قالوا الا يباح له التناول قبل اداء الضمان* قيد بكون المودع هو الخالط لانه لو كان اجنبيا او من فى عياله لا يضمن المودع والضمان على الخالط صغيرا كان او كبيرا ولا يضمن ابوه لاجله* كما فى الخلاصة (وعندهما فى غير المائع للمالك ان يشركه ان شاء) لان هذا الخلط استهلاك من وجه دون وجه آخر اذ لم يتعذر وصول المالك الى عين ماله حكما بالقسمة اذ القسمة فيما يكال او يوزن افراز معتبر شرعا* وله ان الخلط استهلاك من كل وجه لتعذر وصول المالك الى عين ماله حقيقة فيقطع ملك المالك على المخلوط والقسمة ليست بموصلة الى عين حقه بل وسيلة الى الانقطاع ضرورة (وكذا) للمالك ان يشركه (فى المائع) ان شاء (عند محمد) لان الجنس لا يغلب الجنس (وعند ابى يوسف يصير الاقل تابعا للاكثر فيه) اعتبار الغالب اجزاء* وفى التسهيل اعتراض فليطالع* وعند الائمة الثلاثة فى الخلط بالجنس لا يضمن (وان خلطها بغير جنسها) كبر بشعير وزيت بشيرج (ضمن المودع وانقطع حق المالك اجماعا) لان هذا استهلاك حقيقة فيوجب الضمان بالاجماع* وفيه اشارة الى انه لو خلط على وجه تميز لم يضمن (وان اختلطت) الوديعة بمال المودع (بلا صنعه) اى المودع (اشتركا) اى المودع والمودع (اجماعا) لان الضمان لا يجب عليه الا بالتعدى ولم يوجد وكانت شركة ملك فالهالك من مالهما فلم يضمن (وان تعدى) المودع (فيها) اى الوديعة (بان كانت) الوديعة (ثوبا فلبسه او دابة فركبها او عبدا فاستخدمه) فهلكت (ضمن) لانه استهلاك معنى (فان ازال التعدى) بان ترك اللبس او الركوب او الاستخدام سليما (زال الضمان) وعند الائمة الثلاثة لا يزول لان حكم الوديعة ارتفع بالتعدى فلا يعود اليه الا بسبب جديد فلم يوجد فلا يبرأ عن الضمان* ولنا ان الشئ انما يبطل بما ينافيه والاستعمال لا ينافى الايداع* ولذا صح الامر بالحفظ مع الاستعمال ابتداء فاذا زال عاد حكم العقد* وفى البحر* انه يزول الضمان عنه بشرط ان لا يعزم على العود الى التعدى حتى لو نزع ثوب الوديعة ليلا ومن عزمه ان يلبسه نهارا ثم سرق ليلا لا يبرأ عن الضمان* وفى المنح* ان المودع اذا خالف فى الوديعة ثم عاد الى الوفاق انما يبرأ عن الضمان اذا صدقه المالك فى العود الى الوفاق* فان كذبه لا يبرأ الا ان يقيم البينة على العود الى الوفاق* (بخلاف المستعير والمستأجر) للعين اذا تعديا ثم ازالا لا يزول الضمان لان قبضهما كان لانفسهما لاستيفائهما المنافع عنها فبازالة التعدى عن العين لم يوجد الرد الى صاحبها بخلاف المودع فان يده يد المالك حكما لكونه عاملا له فى الحفظ* خلافا لزفر اعتبارا بالوديعة (وكذا) زال الضمان (لو اودعها) اى الوديعة (ثم استردها) لما مر (ولو انفق) المودع

(بعضها) اى الوديعة (فهلك الباقى ضمن قدر ما انفق فقط ولا يضمن كلها لان الضمان يجب بقدر الخيانة وقد خان فى البعض دون البعض* ويعمل بقوله فى الانفاق بيمينه (وان رد مثله وخلطه بالباقى ضمن الجميع) لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذى تقدم كما فى الهداية يعنى عند الامام وعندهما ان شاء شركه وان شاء يضمن وعند الائمة الثلاثة يضمن ما انفق فقط* قيد بالانفاق ورد المثل لانه اذا اخذ بعض الوديعة لينفقه فى حاجته فرده الى موضعه ثم ضاعت فلا ضمان عليه* وتمامه فى المنح* فليراجع (ولو تصرف فيها) اى الوديعة (فربح تصدق به) اى بالربح عند الطرفين (وعند ابى يوسف يطيب له) الربح اذا ادى الضمان او سلم عينها بان باعها ثم اشتراها ودفع الى مالكها * ودليل الطرفين بين فى البيع (وان اودع اثنان من واحد شيأ لا يدفع) الواحد (الى احدهما) اى الى احد الاثنين (حصته بغيبة الآخر) فان دفع ضمن نصفه ان هلك عند الامام سواء كان مثليا او غير مثلى فى المختار لان هذا الدفع يوجب القسمة والمودع مأمور بالحفظ لا بالقسمة (خلافا لهما) فى المثلى لان معنى الافراز فيه غالب كما ان معنى المبادلة فى غير المثلى غالب* ولذا لا يجوز له الدفع فيه ويجوز فى المثلى* وفيه اشارة الى انه لا يجوز له الدفع حتى لو خاصمه الى القاضى لم يأمره بدفع نصيبه اليه فى قول الامام* والى انه لو دفع اليه لا يكون قسمة اتفاقا* حتى اذا هلك الباقى رجع صاحبه على الآخذ بحصته* والى انه يأخذ حصته منها اذا ظفر بها* والى انه لو دفع وارتكب الممنوع لا يضمن* كما فى المنح (وان اودع واحد (عند اثنين ما يقسم) اى ما يمكن قسمته كالدراهم والدنانير (اقتسماه) اى المودعان (وحفظ كل) واحد منهما (حصته) لانه يمكن الاجتماع على حفظها وحفظ كل واحد منهما للنصف دلالة والثابت بالدلالة كالثابت بالنص (فان دفع احدهما) كله (الى الآخر ضمن الدافع) عند الامام* وكذا المرتهنان والوكيلان بالشراء اذا سلم احدهما الى الآخر ما يمكن قسمته لان الاصل ان فعل الاثنين اذا اضيف الى ما يقبل التجزى تناول البعض لا الكل فاذا سلم احدهما الكل الى الآخر ولم يرض المالك به يضمن (لا) يضمن (القابض) لان مودع المودع لا يضمن عنده (وعندهما الكل) واحد منهما (حفظ الكل) اى كل الوديعة (باذن الآخر) لانه رضى باماتتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا يضمنه (وان) كان ما اودع عند الاثنين (ما لا يقسم) اى ما لا يمكن قسمته كالعبد او ما يتعيب بالقسمة كالثوب (حفظه) اى ما لا يقسم (احدهما باذن الآخر اجماعا) لان المالك رضى بثبوت يد كل واحد منهما على الانفراد فى الكل (وان نهى) اى نهى المالك المودع (عن دفعها) اى الوديعة (الى عياله فدفع) المودع (الى من) نهاه وكان (له منه بد) وعدم احتياج اليه كدفعه الخاتم الى عبده مع ان له اهلا سواه (ضمن) ان هلك (وان) دفعها (الى من لا بد) اى لا فراق له (منه كدفع الدابة الى عبده و) كدفع (شئ تحفظه النساء الى زوجته لا يضمن) ان هلك لان الوديعة مما يحفظ بيده او بايدى عياله فى بيته فنهى المالك يعتبر ان كان النهى مفيدا والا يعتبر الحفظ المطلوب* كما لو قال لا تدفع الى فلان من عيالك ولم يكن له عيال سواه لم يصح نهيه لانه لا بد له من الدفع* وان كان له

(عيال)

هيال غيره فدفعه الى من نهى عن دفعها اليه ضمن* وعند الائمة الثلاثة لو كان الآخر دون الاول
يضمن والا فلا (وان امر) اى امر المالك المودع (بحفظها) اى الوديعة (في بيت معين من
دار) المودع (فحفظها في غيره) اى حفظ المودع في بيت آخر (منها) اى من هذه الدار
وكانت بيوت الدار مستوية في الحفظ (لا يضمن) المودع لانه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة هذا
الشرط فلم يكن مفيداً فلا يعتبر الشرط (الا ان كان فيه) اى في البيت الآخر (خلل ظاهر)
بان كانت الدار التى فيها البيتان عظيمة والبيت الذى نهاه عن الحفظ فيه مكشوف يتخوف منه
فان الشرط معتبر حينئذ فيضمن لكون المعين احرز من الآخر (وان امر بحفظها في دار فحفظ
في غيرها) اى في غير تلك الدار (ضمن) لتفاوت الدارين في الاغلب فيفيد امره (ولو اودع
المودع) غيره (فهلكت) الوديعة (ضمن) المودع (الاول فقط) عند الامام لان الثانى قبض
المال من يد امين اذ بالدفع لا يكون ضمينا ما لم يفارقه لحضور رأيه فاذا فارقه فقد ترك الحفظ اللازم
بالتزام فيضمن بتركه والثانى مداوم على الحفظ ولم يوجد منه صنع في هلاك المال فلا يلزمه الضمان
(وعندهما) وعند الائمة الثلاثة (ضمن ايا شاء) اى يخير المالك في التضمين لان الاول خائن
بالتسليم الى الثانى بغير اذن المالك والثانى متعد بقبضه بغير اذنه (فان ضمن) المالك المودع
(الثانى رجع) اى الثانى (على الاول) لانه عامل له بامره فيرجع عليه بما لحقه من العهدة (لا)
يرجع (بالعكس) اى ضمن المالك المودع الاول لا يرجع الاول على الثانى لانه ملك بالضمان
فظهر انه اودع ملك نفسه (ولو اودع الغاصب) المغصوب عند غيره (ضمن) المغصوب منه
(ايا شاء) من الغاصب ومودعه (اجماعا) لان الثانى صار مثل الاول في التلقى منه ابتداء لعدم
اذن المالك فكذا بقاء* ثم مودع الغاصب ان لم يعلم ان المودع غاصب فضمن رجع على الغاصب
قولا واحداً وان علم فكذلك في الظاهر* وحكى ابو اليسر انه لا يرجع* واليه اشار شمس الائمة
(ولو اودع عند عبد) محجور لان العبد المأذون بأخذ الوديعة يضمن في الحال اتفاقا (شيأ فاتلفه)
اى اتلف العبد ذلك الشئ (ضمنه بعد عتقه) عند الطرفين (وان) اودع (عند صبى) يعقل
(فاتلفه فلا ضمان اصلا) لا حالا ولا بعد البلوغ عند الطرفين* لان المالك استحفظ من ليس باهل
التزام الحفظ* اما الصبى فلا يصح التزامه اصلا فصار المالك كأنه اذن باتلافه* واما العبد فالتزامه
لم يصح في حق المولى نظرا له فلا يضمن في الحال وصح في حق نفسه لكونه مكلفا فيضمن بعد
العتق كامر (وقال ابو يوسف يضمنان) اى العبد والصبى (للحال) فيباع العبد فيه لان محجوريتهما
في الاقوال فقط* ولهذا لو استهلكا عينا قبل الايداع يضمنان* هذا باتلافهما اما لو تلفت في ايديهما
لا يضمنان اتفاقا* ولو اتلفاما اودع عند الاب والمولى يضمنان اتفاقا* وانما قلنا عند صبى يعقل لانه
اذا كان لا يعقل لا يضمن اتفاقا* كذا ذكره فخر الاسلام وغيره* وفي المحيط ظن بعض مشايخنا
ان الخلاف في صبى يعقل وليس الامر كما ظنوا بل الخلاف في كل واحد* وعلى هذا الخلاف
الاقراض والاعارة* كما في شرح المجمع (وان دفع العبد الوديعة الى مثله) اى الى عبد محجور
(فهلكت) عند الثانى (ضمن الاول) اى وللمالك ان يضمن العبد الدافع (بعد العتق) فلا يضمن

الثانى عند الامام لانه مودع المودع (وعند ابى يوسف ضمن ايهماشاء للحال) اى يخير المالك فى التضمين لان الاول متلف بالدفع والثانى متعد بقبضه بلا اذن كما مرآنفا (وعند محمد ان ضمن الاول فبعد العتق) لانه مع الامام فى ايداع العبد المحجور (وان ضمن الثانى فللحال) لان ضمانه ضمان فعل بقبضه ملك الغير بغير اذنه فلزمه فى الحال * كما فى شرح المجمع * محل الخلاف اذا دفع العبد الاول الى الثانى فانه او امر الاول الثانى بقبضه فقبضه وديعة وضاع ليس للمالك ان يضمن الاول قبل العتق اتفاقا * وفى رواية عن محمد ان الثانى يضمن بعد العتق (ومن معه الف درهم (فادعى كل) واحد (من اثنين ايداعها) الالف (عنده) اى عند من (فنكل) عن الحلف (لهما) اى لكل واحد منهما على الانفراد بعد ان استحلفاه (فهى) اى الالف (لهما) اى للاثنين (وضمن لهما) اى للاثنين (مثلها) اى مثل الالف لان دعواهما صحيحة فيجب عليه اليمين لهما * فان حلف لهما فلا شئ لهما عليه لعدم الحجة * وان حلف لاحدهما ونكل للآخر قضى به لمن نكل له دون الآخر لوجود الحجة فى حقه دون الآخر * وان نكل لهما قضى بينهما لعدم الاولوية * ثم يجب عليه الف اخرى لاقراره لهما * وللقاضى ان يبدأ بايهما شاء بالتحليف والاولى القرعة * وفى التحليف للثانى يقول بالله ماهذه العين له ولا قيمتها * لانه لما اقربها للاول ثبت الحق فيها له فلا يفيد اقراره بها للثانى فلو اقتصر على الاول لكان صادقا * وفى البحر * لو قال اودعنيها احدكما ولا ادرى ايكما فان اصطلحا على احدها بينهما فلهما ذلك ولا ضمان عليه وليس له الامتناع من التسليم بعد الصلح * والا فان ادعاها كل واحد اخذها ليس له ذلك لان المقر له مجهول ولكل ان يستحلفه فان حلف قطع دعواهما وان نكل فكمسئلة الكتاب * وكذا لو قال على الف لهذا او لهذا * وفى التنوير * دفع الى رجل الفا وقال ادفعها اليوم الى فلان فلم يدفعها حتى ضاعت لم يضمن * كما لو قال له احمل الى الوديعة فقال افعل ولم يفعل حتى مضى اليوم * قال للمودع ادفع الوديعة الى فلان فقال دفعت وكذبه فلان وضاعت الوديعة صدق المودع مع يمينه * قال لا ادرى كيف ذهبت لا يضمن على الاصح * كما لو قال ذهبت ولا ادرى كيف ذهبت * وفى المنح * قال لا ادرى دفنت فى دارى او فى موضع آخر يضمن ولو لم يبين مكان الدفن لكنه سرقت الوديعة من المكان المدفون فيه لا يضمن * وفى العدة اذا دفن الوديعة فى الارض ان جعل هناك علامة لا يضمن والاضمن وفى المفازة يضمن مطلقا * والله اعلم

﴿ كتاب العارية ﴾

اخرها عن الوديعة لان فيها تمليكا وان اشتركا فى الامانة هى مأخوذة من العرية وهى العطية المخصوصة بالاعيان ومستعملة فى تلك المنافع ورده المطرزى وغيره بالمشتقات استعاره منه فاعاره واستعاره الشئ على حذف من وقيل هى منسوبة الى العار لان طلبها عيب وعار على ماقال الجوهرى وابن الاثير * ورد الراغب وغيره بان العار يائى والعارية واوية على ماصرحوا انفسهم به * وفى المغرب انها منسوبة الى العارة اسم من الاعارة * وفى النهاية * ان مافى المغرب هو المعول عليه * لانه عليه السلام باشر الاستعارة * فلو كان العار فى طلبها لما باشرها * وقيل هى فى الاصل اسم موضوع بلا نسبة كالدردى والكرسى وهى من التعاور وهو التناوب بلا تشديد فكانه يجعل للغير

نوبة ولنفسه نوبة* وقيل هي اسم العين المعار* وشريعة (هي) اي العارية بمعنى الاعارة لا العارية التي هي اسم للاعير والالم يصح حمل التمليك عليه (تمليك منفعة) من عين مع بقائها احتراز عن قرض نحو الدراهم وعن البيع والهبة (بلابدل) احتراز عن الاجارة* وقال الكرخي* هي اباحة الانتفاع بملك الغير لا تمليك المنفعة* وهو قول الشافعي لانها تنعقد بلفظ الاباحة وتبطل بالنهي والتمليك لا يبطل به كالهبة والاجارة ولان المستعير لا يملك الاجارة من غيره ومن ملك المنافع ملك اجارتها ولان التمليك غير جائز مع الجهل بخلاف الاباحة اذ فيها لا يشترط ضرب المدة* ولنا ان العارية تنبئ عن التمليك لكونها من العرية هي العطية من الثمار* ولذا تنعقد بلفظ التمليك * وانما انعقدت بلفظ الاباحة لانها استعيرت للتمليك بلا عوض كانعقاد الاجارة بلفظة الاباحة * والنهي ليس ابطالا للملك بعد ثبوته بل يمنع عن التمليك لانه دليل الرجوع والاسترداد وانما لا يملك المستعير الاجارة لما فيها من الضرر بالمعير لانه ملك المستعير المنافع على وجه يتمكن من الاسترداد متى شاء فلو ملك المستعير الاجارة لم يتمكن المعير من ذلك والجهل فيها ليس بمضر لعدم الافضاء الى النزاع لجواز رجوع المعير في كل ساعة ولحظة والمنافع قابلة للتمليك كما في الوصية بخدمة العبد بضرب المدة* وهي مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع * وانما اختلفوا في كونها مستحبة وهو قول الاكثر او واجبة وهو قول البعض * وشرطها قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها وسببها ما مر من التعاضد المحتاج اليه المدني بالطبع ومحاسنها النيابة عن الحق سبحانه وتعالى في اجابة المضطر لانها لا تكون الا للمحتاج كالقرض* فلهذا كانت الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر (ولا تكون) العارية (الا فيما ينتفع به مع بقاء عينه) اعلم ان الاعارة نوعان حقيقة ومجاز فالحقيقة اعارة الاعيان التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالثوب والدار والعبد والدابة والمجاز اعارة ما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاك عينه كالدراهم والدنانير وغيرهما من المكيلات والموزونات فتكون اعارة صورة وقرضا معنى *وعن هذا قال (واعارة المكيل والموزون والمعدود قرض) لان الانتفاع بها انما يمكن باستهلاك عينها فاقتضى اعارتها تمليكها وذلك يكون بالهبة والقرض فيتعين لكونه ادنى ضررا لانه يوجب رد المثل (لا ان عين انتفاعا يمكن رد عين بعده) اي بعد الانتفاع كما لو استعار دراهم ليعاير بها ميزانا او ليزين بها دكانا صارت عارية لا قرضا (وتصح العارية (باعرتك) اي جعلتها عارية لك لكونه صريحا فيها * لكن في المضمرات* ان اركانها الايجاب والقبول وشرطها القبض* (ومنحتك) هذا الثوب بمعنى اعطيتك لان هذا اذا اضيف الى ما ينتفع به مع بقاء عينه فهو عارية اذ اصله اعطاء الشيء لآخر لينتفع به اياما ثم يرده فرجع الى اصله واذا اضيف الى ما لا ينتفع به مع بقاء عينه فهو هبة كالدراهم والدنانير والمطعوم والمشروب (واطعمتك ارضي) هذه لان الطعام اذا قارن الى ما يطعم عينه فالمراد به تمليك عينه * واذا قارن الى ما لا يطعم كالارض يراد به اخذ غلتها اطلاقا لاسم المحل على الحال (وحملتك على دابتي) هذه لانه يقال في العرف حمل فلان فلانا على دابته اذا اعارها اياه او اذا وهبه اياها فاذا نوى احدهما صحت نيته واذا لم ينو حمل على الادنى لئلا يلزم الاعلى بالشك ولان الحمل هو الاركاب حقيقة

فكان عارية* وفى الدرر وشرح المجمع كلام تتبع (واخدمتك عبدى) لانه اذن له فى الاستخدام وهو العارية (اذالم يرد بذلك) اى بكل من الاطعام والحمل والاخدام (الهبة) فاذا نوى احدهما صحت نيته وان لم يكن له نية حمل على الادنى كامر (ودارى لك سكنى) اى من جهة السكنى لان دارى مبتدأ ولك خبره وسكنى تمييز عن النسبة الى المخاطب لان قوله لك يحتمل تمليك العين والمنفعة وقوله سكنى محكم فى المنفعة وهو معين للثانى بحكم التفسير فيكون عارية (او) دارى لك (عمرى سكنى) فعمرى مفعول مطلق لفعل محذوف تقديره اعمرتها لك عمرى والعمرى جعل الدار لاحد مدة عمره وسكنى تمييز وتخصيص للتنصيص على العارية (وللمعير الرجوع فيها) اى فى العارية المطلقة او المقيدة (متى شاء) لعدم لزومها* هذا اذالم ينقلب اجارة والافلا يرجع كما اذا استعار امة لترضع ابنه فارضعته فلما صار الصبى لا يأخذ ثدى غيرها فانه لا يستردها وعليه اجر مثل خادمته الى ان يفطم* وكذا لو استعار من رجل فرسا ليغزو عليه فاعاره اياه اربعة اشهر ثم لقيه بعد شهرين فى بلاد المسلمين فاراد اخذه كان له ذلك * وان لقيه فى بلاد الشرك فى موضع لا يقدر على الكراء او الشراء كان للمستعير ان لا يدفعه لان هذا ضرر بين وعلى المستعير اجر مثل الفرس من الموضع الذى طلب صاحبه الى ادنى الموضع الذى يجد فيه كراء او شراء (ولو هلكت) العارية (بلا تعد) من المستعير (فلا ضمان) * ولو بشرط الضمان فانه شرط باطل * كما فى المحيط* وفى التبيين* والعارية اذا اشترط فيها الضمان يضمن عندنا فى رواية* صاحب الجوهرة جزم بان العارية تصير مضمونة بشرط الضمان ولم يقل فى رواية* وفى البزازية * اعرنى هذا على انه ان ضاع فانا ضامن وضاع لم يضمن *اه* وهذا اذالم يتبين انها مستحقة للغير* فان ظهر استحقاقها ضمنها ولا رجوع له على المعير لانه متبرع* وللمستحق ان يضمن المعير واذا ضمنه لا رجوع له على المستعير *ولا يملك الوالد الصغير اعارة مال ولده* والعبد المأذون يملك ان يعير * والمرأة اذا اعارت شيأ من ملك زوجها فهلك ان كان شيأ داخل البيت ويكون فى ايديهن عادة فلا ضمان على احدهما فى الفرس والثور فيضمن المستعير او المرأة كما فى البحر* وقال الشافعى واحمد يضمن اذا هلكت فى غير حالة الاستعمال لقوله عليه السلام *العارية مضمونة ولانه قبض لنفسه فصار كالمقبوض على سوم الشراء* ولنا قوله عليه السلام *ليس على المستعير غير المغل ضمان * ولانها امانة فى يده سواء هلكت من استعماله او لا* وما رواه محمول على ضمان الرد (ولا توجر) العارية لانها دون الاجارة والشئ لا يستتبع فوقه (ولا ترهن) لان الرهن ايفاء وليس له ان يوفى دينه بمال غيره بغير اذنه* وله ان يودع على المفتى به وهو المختار* وصحح بعضهم عدمه* كما فى المنح (كالوديعة) اى كما لا توجر ولا ترهن الوديعة لانها امانة فلا يجوز التصرف فيها (فان آجرها) اى آجر المستعير العارية (فتلفت) اى هلكت العارية (ضمن ايهما شاء) اى المعير مخير ان شاء يضمن المستعير لانه صار غاصبا بتعديه او يضمن المستأجر لانه قبض ملك المعير بغير اذنه (فان ضمن) اى المعير (الموجر) اى المستعير (لا يرجع) بما غرمه (على احد) لانه بالضمان تبين انه آجر ملك نفسه ويتصدق بالاجرة عندهما خلافا لابى يوسف (وان ضمن المستأجر

رجع على الموجر) اى المستعير (ان لم يعلم) المستأجر (انه) اى ان ما استأجره (عارية) عند موجره . وهو المستعير لكونه مغرورا من جهة موجره *قيد به لانه ان علم لا يرجع لان الموجر حينئذ لم يكن منه غرور وصار كالمستأجر من الغاصب اذا كان عالما بالغصب (وله) اى للمستعير (ان يعير) ۲ ما استعاره ان كان (ما لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل على الدابة) والاستخدام والسكنى والزراعة وان شرط المالك ان ينتفع هو بنفسه لان التقييد فيما لا يختلف غير مفيد* خلافا للشافعى لان العارية اباحة المنافع عنده فلا يملك اباحتها غيره* ولنا انها تمليك المنافع فيملك ان يعيرها كاجر (لا ما يختلف) باختلاف المستعمل (كالركوب) اى ركوب الدابة ولبس الثوب (ان عين) المعير (مستعملا) لان المعير رضى بذلك المعين دون غيره لان ركوب العسكرى لا يكون كركوب السوقى ولبس القصاب ليس كلبس البزازية (وان لم يعين) المعير مستعملا (جاز ايضا) كما يجوز ان يعير ما لا يختلف باختلاف الاستعمال لانه تكون الاعارة مطلقة حينئذ (ما لم يتعين) المنتفع بفعل المستعير (فان تعين) المنتفع بفعله (لا يجوز) له ان يعيره وفرعه بقوله (فلو ركب هو) اى المستعير (ليس له) اى للمستعير (اركاب غيره* وان اركب) المستعير (غيره فليس له ان يركب هو) *يعنى من استعار دابة مطلقا كان له ان يحمل او يعير غيره للحمل و يركب بنفسه او يركب غيره وايا فعل من الحمل او حمل الغير من الركوب او الاركاب فقد تعين العمل فليس بعد حله ان يحمل غيره ولا عكس هذا *والا ضمن * وكذا حكم الاركاب بعد الركوب وعكسه لتعين الركوب فى الاول والاركاب فى الثانى *وهذا الذى ذكره اختيار فخر الاسلام * وقال غيره له ان يركب بعد الاركاب ويركب بعد الركوب وهو اختيار شمس الائمة السرخسى وشيخ الاسلام * كما فى العناية (وان قيدت) الاعارة (بنوع او وقت) اى قيد المعير العارية بنوع من الانتفاع بان شرط ان ينتفع هو بنفسه او فلان معين او قيدها بوقت معين بشهر او جمعة مثلا (او بهما) اى قيدها بالنوع والوقت جميعا (ضمن) المستعير (بالخلاف) فى واحد منهما (الى شر فقط) فلم يضمن بالخلاف الى مثل او خير كما اذا قال له *احمل على هذه الدابة هذه الحنطة كان له ان يحمل عليها مثلها اودونها فى الضرر كحمل مثل الحنطة شعيرا *لان الاذن بالشئ اذن بما يساويه وبما هو خير منه* وهذا استحسان * والقياس يضمن لانه خالف فان عند اختلاف الجنس لا يعتبر المنفعة والضرر * بخلاف ما لو قال احمل عليها عشرة اقفزة شعير فحمل عليها عشرة اقفزة بر *لان المعير لم يرض بالشئ الثقيل فيضمن لوجود التعدى (وان اطلق) المعير الانتفاع (فيهما) اى فى النوع والوقت (فله) اى للمستعير (الانتفاع باى نوع شاء فى اى وقت شاء) عملا بالاطلاق * واختلفوا فى ايداع المستعير فقال جماعة منهم الكرخى ليس له ذلك *قال الباقلانى هذا القول اصح *واكثرهم على ان له ذلك منهم مشايخ العراق وابو الليث وابو بكر محمد بن الفضل وبرهان الائمة * قال ظهير الدين وعليه الفتوى * وفى المنح* رجح الفتوى فى السراجية ايضا لكن فى الصيرفية* ان القول بان العارية تودع او لا تودع محله اذا كان المستعير يملك الاعارة اما فيما لا يملكها فلا يملك الايداع وان اختلفا فيما حمل على الدابة وفى مسافة الركوب والحمل او فى الوقت

۲ العارة لسخة

فالقول فى ذلك كله للمعير مع يمينه * (وتصح اعارة الارض للبناء والغرس) اى غرس الشجر لان منفعتها معلومة وتجوز اجارتها فكذا اعارتها بل اولى لكونها تبرعا (وله) اى للمعير (ان يرجع) عن العارية بعد ان بنى المستعير او غرس (متى شاء) لانها غير لازمة * (ويكلفه) اى المعير المستعير (قلعهما) اى قلع البناء او الغرس عن الارض لانه شغل ارض المعير بهما فيؤمر بتفريغه الا اذا شاء ان يأخذهما بقيمتهما فيما اذا كانت الارض تستضر بالقلع بخلاف ما اذا كانت لا تستضر بالقلع حيث لا يجوز الترك الا باتفاقهما * كما فى التبيين (ولا يضمن) المعير ما نقص من البناء والغرس بسبب القلع (ان لم يوقت) العارية اذ المستعير بنى وغرس فى محل كان لغيره حق الرجوع فاغتر بنفسه اعتمادا على الاطلاق من غير ان يسبق من المعير وعد (وان وقت) المعير وقتا معينا (ورجع قبله) اى قبل الوقت الذى عينه (كره له) اى للمعير (ذلك) الرجوع لما فيه من خلف الوعد (وضمن) المعير للمستعير (ما نقص) من البناء والغرس (بالقلع) بان يقوم قائما غير مقلوع يعنى اذا كانت قيمة البناء الى الوقت المضروب عشرة دنانير مثلا واذا قلع فى الحال يكون قيمة النقص دينارين يرجع المستعير على المعير بثمانية ٣ دنانير لان المعير غره بالتوقيت * وقال زفر لا يضمن لان التوقيت والاطلاق فيه سواء لبطلان التأجيل فى العوارى *(وقيل يضمن) المعير (قيمته) اى قيمة البناء او الغرس * ذكره الحاكم الشهيد (ويتملكه) اى المعير البناء او الغرس الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان فى القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض * كما فى الهداية * وعن هذا قال (و للمستعير قلعه) اى البناء او الغرس (بلا تضمين ان لم تنقص الارض به) اى بالقلع (كثيرا وعند ذلك) اى عند نقصان الارض كثيرا بالقلع (الخيار للمالك) بين ضمان نقصانهما وضمان قيمتهما لا للمستعير * لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل * كما فى الهداية * وفى المحيط * يضمن المعير قيمة البناء والاشجار قائمة على الارض غير مقلوعة منقوضة وان شاء المستعير قلع غرسه وبنائه ولا يضمنه اذا لم يضر بالارض وان كان القلع يضر بالارض لا يقلع الا برضاء صاحبها ويضمن له قيمته مقلوعا * اه * وظاهره مع ما قبله ان القلع اذا لم يضر بالارض كان الخيار للمستعير بين قلعه وبين تضمين جميع القيمة وهو مخالف لما فى المختصر والكنز حيث جعلا له تضمين ما نقصه القلع لا تضمين جميع القيمة * كما فى المنح (وان اعارها) اى الارض (للزرع لا تؤخذ) منه اى من المستعير استحسانا لان التضرير بالمؤمن حرام (حتى يحصد) الزرع بل يترك فى يده بطريق الاجارة باجر المثل كيلا تفوت منفعة ارضه مجانا (وقت) المعير (او لا) يوقت لان للزرع نهاية معلومة فكان فى الترك مراعاة الحقين وايضا فى القلع ابطال ملك المستعير وفى الترك تأخير حق تصرف المعير فيها والاول اشد ضررا فيصير الى الثانى (واجرة رد المستعار) اجرة رد (المستأجر والوديعة والرهن والمغصوب على المستعير والموجر والمودع والمرتهن والغاصب) اما المستعار فلان رده على المستعير لانه قبض العارية ٤ لمنفعة نفسه فتكون اجرة الرد عليه * واما المستأجر فلانه مقبوض المنفعة للموجر لان الآجر سلم له فلا يكون

٣ دينار نسخة

٤ لمشقة نسخة

رده واجبا على المستأجر بل على الموجر فتكون مؤنة رده عليه * واما الوديعة فلان منفعة حفظها عائدة له فكانت مؤنة ردها عليه * واما الرهن فلان قبضه قبض استيفاء فكان قابضا لنفسه فاما المغصوب فلان الغاصب يجب عليه رد العين المغصوبة الى يد مالكها كما كانت فتكون عليه مؤنة رده * وفي عمدة الفتاوى * نفقة العبد المستعار على المستعير وكسوته على المعير * (واذا رد المستعير الدابة) المستعارة (الى اصطبل ربها) اى صاحب الدابة (او) رد (العبد) المستعار (او الثوب) المستعار (الى دار مالكه برئ) عن الضمان اذا هلكت الدابة او هلك العبد او الثوب استحسانا * والقياس ان لا يبرأ لانه لم يردهم الى اصحابهم وانما ضيعهم تضييعا * وهو قول الائمة الثلاثة * وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف وهو المعول عليه (بخلاف الغصب والوديعة) فان الغاصب لا يبرأ الا بتسليم العين المغصوبة الى المالك لانه متعد باثبات يده فيها فلا تكون ازالتها الا بالتسليم اليه حقيقة * واما المودع فلا يبرأ ايضا الا بتسليم الوديعة الى مالكها لانها للحفظ ولم يرض بحفظ غيره اذ لو رضي به لما اودعها عنده (وان رد المستعير الدابة مع عبده او اجيره مشاهرة او مسانهة برئ) اذا هلكت قبل الوصول الى المالك لانه من عيال المستعير وله ردها بيد من في عياله (وكذا ان ردها) اى الدابة (مع اجير ربها) اى رب الدابة مشاهرة او مسانهة (او) مع (عبده) اى رب الدابة برئ عن الضمان ايضا اذا هلكت استحسانا * والقياس ان لا يبرأ الا بالتسليم الى صاحبها كما ذكرناه آنفا * هذا في زمانهم * واما في زمننا فلا يبرأ الا بالتسليم الى يد صاحبها * كما في الشمني (يقوم) حال من اجيره وعبده لا صفته لان الجملة نكرة (على الدابة او لا) يقوم وهو الصحيح لان الدابة وان لم تكن في يده دائما الا انها تدفع اليه في بعض الاوقات فيكون رضى المالك بدفعها اليه موجودا (بخلاف الاجنبي والاجير مياومة) فانه اذا ردها مع الاجنبي او الاجير مياومة لا يبرأ لانه لا يعد من العيال فلا يرضى المالك به فيضمن ان هلكت قبل الوصول (و) بخلاف (ردشئ نفيس) كعقد اللآلي (الى دار مالكه) فانه ان هلك قبل القبض يلزم الضمان لان هذا لا يعد تسليما في العرف (ويكتب مستعير الارض للزراعة قد اطعمتني ارضك لا اعرتني) اى اذا اعيرت الارض للزراعة واراد المستعير ان يكتب كتابا يكتب انك قد اطعمتني ارضك ولا يكتب قد اعرتني عند الامام لان لفظ الاطعام ادل على الزراعة لان عين الارض لا يطعم وانما يطعم ما يحصل منها بخلاف الاعارة فيها لانها تكون للبناء (خلافا لهما) فان عندهما يكتب الاعارة لان لفظ الاعارة موضوع لهذا العقد والكتابة بالموضوع اولى * واذا اعيرت الارض سكنى لا للزراعة يكتب انك اعرتني ارضك بالاتفاق * وفي التنوير * ادعى ايصال الامانة الى مستحقها قبل قوله كالمودع ادعى الرد والوكيل والناظر سواء كان في حياة مستحقها او بعد موته الا في الوكيل بقبض الدين اذا ادعى بعد موت الموكل انه قبضه ودفعه له في حياته لم يقبل الا ببينة * بخلاف الوكيل بقبض العين

﴿ كتاب الهبة ﴾

وجه المناسبة بين ما قبلها وبينها ظاهر لان ما قبلها تمليك المنفعة بلا عوض وهي تمليك العين

كذلك* وهى لغة التفضل على الغير بما ينفعه ولو غير مال كقوله تعالى *يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور *وفى العناية* وهى فى اللغة عبارة عن ايصال الشئ الى الغير بما ينفعه قال الله تعالى فهب لى من لدنك وليا * اه * وهو يرجع الى المعنى الاول* ويتعدى اما باللام نحو وهبته له* وحكى ابو عمرو وهبتكه كما فى القاموس* وقالوا بحذف اللام منه واما بمن نحو وهبته منك على ما جاء به فى احاديث كثيرة فى الصحيح كما فى دقائق النووى *فظن من المطرزى انه خطأ ومن التفتازانى انه عبارة الفقهاء *كما فى القهستانى* وفى الشريعة (هى تمليك عين بلا عوض) هذا تعريف للهبة المحضة العارية عن شرط العوض فان الهبة بشرط العوض بيع انتهاء فتثبت الشفعة والخيار كما سيأتى فلا ينتقض التعريف بالهبة بشرط العوض فعلى هذا لا يلزم ما ارتكبه صاحب الدرر واعتراض بعض عليه تدبر *والمراد بالعين عين المال لا العين المطلق بقرينة التمليك المضاف اليه لان العين الذى ليس بمال لا يفيد الملك* وكذا المراد بالتمليك هو التمليك فى الحال لان قوله *وهبت* لانشاء الهبة حالا كبعت فلا حاجة الى قول من قال هى تمليك مال للحال للاحتراز عن الوصية ولان العين قد لا يكون مالا * تدبر *فخرجت عن هذا التعريف الاباحة والعارية والاجارة والبيع وهبة الدين ممن عليه الدين فان عقد الهبة اسقاط وان كان بلفظ الهبة وهى امر مندوب وصنيع محمود محبوب *قال عليه السلام* تهادوا تحابوا * وقبولها سنة فانه عليه السلام قبل هدية العبد وقال فى حديث بريرة * هو لها صدقة ولنا هدية *وقال عليه السلام *لو اهدى الى طعام لقبلت ولو دعيت الى كراع لاجبت * واليها اى الاجابة الاشارة بقوله تعالى *فان طبن لكم عن شئ منه نفسا فكلوه هنيئا (اى سروراً) مريئا * اى رضيا على الاكل *وهى نوعان تمليك واسقاط وعليها الاجماع * كما فى الاختيار *وسببها ارادة الخير للواهب دنيوى كالعوض وحسن الثناء والمحبة من الموهوب له واخروى *قال الامام ابو منصور يجب على المؤمن ان يعلم ولده الجود والاحسان كما يجب عليه ان يعلمه التوحيد والايمان* اذ حب الدنيا رأس كل خطيئة * كما فى النهاية * وشرائط صحتها فى الواهب العقل والبلوغ والملك وفى الموهوب ان يكون مقبوضا غير مشاع مميزا غير مشغول وحكمها ثبوت الملك فى العين الموهوبة غير لازم وعدم صحة خيار الشرط فيها وانها لا تبطل بالشروط الفاسدة كما سيأتى* وركنها هو الايجاب والقبول * وعن هذا قال * (وتصح) الهبة (بايجاب وقبول)* على ما فى الكافى وغيره *لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول * وانما حنث بمجرد الايجاب فيما اذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل لان الغرض عدم اظهار الجود وقد وجد الاظهار * لكن ذكر فى الكرمانى * ان الايجاب فى الهبة عقد تام والقبول ليس بركن* كما اشار اليه فى الخلاصة وغيرها * وفى المبسوط * القبض كالقبول فى البيع *ولذا لو وهب الدين من الغريم لم يفتقر الى القبول * وفى القهستانى * ولعل الحق هذا فان فى التأويلات التصريح بالهبة غير لازم* ولذا قال اصحابنا لو وضع ماله فى طريق ليكون ملكا للرافع جاز* اه * لكن يمكن الجواب بان القبول كما يكون بالصريح يكون بالدلالة فيكون اخذه قبولا دلالة (وتتم) الهبة (بالقبض الكامل) ولو كان الموهوب شاغلا لملك الواهب لا مشغولا به لقوله عليه السلام * لا تجوز الهبة الا مقبوضة * والمراد هنا نفى الملك لا الجواز لان جوازها بدون القبض ثابت * خلافا لمالك فان عنده ليس القبض ه بشرط

ه شرط الهبة نسخة

للهبة * قال صاحب المنح * هبة الشاغل تجوز وهبة المشغول لاتجوز * والاصل في جنس
هذه المسائل ان اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام الهبة * مثاله وهب جرابا فيه
طعام لاتجوز * ولو وهب طعاما في جراب جازت * واشتغال الموهوب بملك غير الواهب هل
يمنع تمام الهبة * ذكر صاحب المحيط انه لا يمنع فانه قال لو اعار دارا من انسان ثم ان المستعير غصب
متاعا وضعه في الدار ثم وهب المعير الدار من المستعير صحت الهبة في الدار * وكذلك لو ان المعير
هو الذي غصب المتاع ووضعه في الدار ثم وهب المعير من المستعير كانت الهبة تامة وتمامه
فيه فليراجع * وفي الخانية * رجل وهب دارا وسلم وفيها متاع الواهب لاتجوز لان الموهوب
مشغول بما ليس بهبة فلا يصح التسليم * ولو وهبت امرأة دارها من زوجها وهي ساكنة فيها
وزوجها ايضا ساكن فيها جازت الهبة ويصير الزوج قابضا للدار لان المرأة ومتاعها في يد
الزوج فصح التسليم * وفي الخلاصة * رجل وهب لابنه الصغير داراً والدار مشغولة بمتاع
الواهب جازت * ولو تصدق بدار على ابنه الصغير والاب ساكنها لاتجوز عند الامام *
وعندهما تجوز * وعليه الفتوى * والمراد بالقبض الكامل في المنقول ما هو المناسب وفي العقار
ايضا ما يناسبه فاخذ مفتاح الدار الموهوبة قبض لها * بخلاف ما لو وهب ثيابا في صندوق مقفل
ودفع الصندوق لايكون قبضا فلا تتم الهبة * وفي الفصولين * هبة المريض تبطل بموته قبل التسليم
اذ الهبة في المرض ولو كانت وصية حتى تعتبر من الثلث لكنها هبة حقيقة فلابد من القبض
ولم يوجد * (فان قبض) الموهوب (في المجلس) اي مجلس الهبة (بلا اذن) صريح من الواهب
(صح) استحسانا * والقياس ان لايجوز * وهو قول الشافعي لانه تصرف في ملك الغير ولا يجوز
الا باذنه * وجه الاستحسان ان القبض كالقبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه
وهو الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض كان الايجاب منه يكون تسليطا على القبول
(وبعده) اي بعد المجلس * اراد به بعد الافتراق (لابد من الاذن) الصريح فلا يصح القبض
بعد الافتراق بلا اذن صريح لانا اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس
فكذا ما نزل منزلته * فان قيل يلزم على هذا ما اذا نهى عن القبض صريحا فان التسليط موجود
لكن لم يجز له القبض * اجيب بانه اذا نهاه صريحا لاتعمل الدلالة بعده * لان الدلالة لاتعمل بمقابلة
الصريح * فلهذا لو نهاه عن القبض لايصح قبضه لا في المجلس ولا بعده * وفي القهستاني *
والحاصل انه اذا اذن بالقبض صريحا يصح قبضه في المجلس وبعده ويملكه قياسا واستحسانا او
نهى عن القبض بعد الهبة لايصح القبض لا في المجلس ولا بعده ولا يملكه قياسا * ولو لم يأذن له
بالقبض ولم ينه عنه ان قبض في المجلس صح القبض استحسانا لا قياسا * وان قبض بعد المجلس
لايصح القبض قياسا واستحسانا * ولو كان الموهوب غائبا فذهب وقبض فان كان القبض
باذن الواهب جاز استحسانا لا قياسا * وان كان بغير اذنه لايجوز هذا * لكنه مخالف لما ذكرنا
من التأويلات اه * لكن يمكن التوفيق بان وضع ماله في طريق ليكون ملكا للرافع اذن بالقبض
دلالة فيجوز فلا مخالفة اصلا تدبر (وتنعقد) الهبة (بوهبت) اي بقوله وهبت لانه صريح *

وفى الفرائد قال المصنف اولا وتصح بايجاب وقبول فدل على ان ركن الهبة الايجاب والقبول ثم قال وتنعقد بوهبت الخ ومال الى ان ركن الهبة الايجاب فقط كان صاحب الهداية فعل كذلك لكن يمكن الجواب بان المصنف بين اولا الركن فقال بالايجاب والقبول ثم اراد ان يبين الفاظ الايجاب فقال وتنعقد بوهبت الخ فلا يلزم ماقاله صاحب الفرائد تدبر (ونحلت) لكثرة استعماله فيه (واعطيت واطعمتك هذا الطعام) لان الاطعام ٦ اذا نسب الى مايطام عينه يكون هبة كامر * اطلقه فشمل ماذا كان على وجه المزاح * كما فى الخلاصة وغيرها * ولو قال هبنى هذا الشئ على وجه المزاح فقال وهبت وسلم اليه جاز * وعن ابن المبارك انه مر على قوم يضربون الطنبور فقال لهم هبوا هذا منى فدفعوه اليه فضرب به الارض فكسره فقالوا ياشيخ خدعتنا * اه * وشمل مالو قال لقوم قد وهبت جاريتى هذه لاحدكم فليأخذها من شاء فاخذها رجل منهم ملكها * كما فى الخانية * وكذا قوله اذنت للناس جميعا فى ثمر نخلى من اخذ منه شيأ فهو له فبلغ الناس فمن اخذ شيأ يملكه * كما نقله صاحب البحر عن المنتقى * ثم قال * وظاهره ان من اخذ منه ولم تبلغه مقالة الواهب لايكون له كما لايخفى * اه * لكن مخالف لما مر آنفا من انه لو وضع ماله فى طريق ليكون ملكا للرافع جاز لانه مطلق سواء بلغته المقالة او لا تأمل (وكسوتك هذا الثوب) لان الكسوة يراد بها التمليك * وفى الخلاصة * لو دفع الى رجل ثوبا وقال البس نفسك ففعل يكون هبة * ولو دفع اليه دراهم فقال الفقهاء يكون قرضا * (واعمرتك هذا الشئ) لقوله عليه السلام * من اعمر عمرى فهو للمعمر له ولورثته من بعده * ولان العمرى تمليك للحال فتثبت الهبة ويبطل مااقتضاه من شرط الرجوع * ولذا لو شرط الرجوع صريحا يبطل شرطه ايضا * كما لو قال وهبتك هذا العبد حياتك او حياته او اعمرتك دارى هذه حياتك او اعطيتها حياتك او وهبت هذا العبد حياتك فاذا مت فهو لى واذا مت فهو لورثتى فهذا تمليك صحيح وشرطه باطل (وجعلته لك عمرى) لان اللام فيه للتمليك فصار كأنه قال ملكتك هذا الشئ الى آخر عمرى (و٧دارى لك) حال كونها (هبة تسكنها) لان اللام فى لك للتمليك ظاهرا * وقوله تسكنها لاينافى الهبة بل مشورة وتنبيه على المقصود وليس بتفسير فصار نظير قوله هذا الطعام لك تأكله (وبنيتها) اى بنية الهبة (فى حملتك على هذه الدابة) لان الحمل استعمل فى الهبة مجازا فيحمل عليها عند النية كما مر فى العارية (وان قال دارى لك) حال كونها (هبة سكنى) لما مر ان سكنى تمييز فيصير تفسيراً لما قبله لكونه محكما فى تمليك المنفعة فتكون عارية (او) دارى لك حال كونها (سكنى هبة) لان فى هذا تمليك منفعة (او) دارى لك حال كونها (نحلى) على وزن حبلى العطية (سكنى) فتقديره نحلتها نحلة سكنى فسكنى يرفع الابهام (او) دارى لك حال كونها (سكنى صدقة) فسكنى يقرر تمليك المنفعة (او) دارى لك حال كونها (صدقة عارية) لان العارية تمييز فيصير تفسيراً لما قبله (او) دارى لك (عارية هبة) اى دارى لك بطريق العارية حال كون منافعها هبة لك لان قول العارية صريح فى تمليك المنفعة (فعارية) اى فجميع هذه العبارات تكون عارية لا هبة (وتصح هبة مشاع لايحتمل القسمة) اى ليس من شانه

٦ اذا اضيف نسخة
٧ قوله * دارى * مبتدأ و ذلك * خبره * هبة * نصب على الحال من ضمير الظرف * منه

ان يقسم بمعنى لا يبقى منتفعا به بعد القسمة اصلا كعبد ودابة او لا يبقى منتفعا به بعد القسمة من جنس الانتفاع الذى كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام (لا) اى لا تصح هبة (ما) اى مشاع (يحتملها) اى القسمة على وجه ينتفع به بعد القسمة كما قبلها كالارض والثوب والدار ونحو ذلك* ولو كانت الهبة لشريك الواهب لان القبض فى الهبة منصوص عليه فيشترط كماله* والمشاع لا يقبل القبض الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب فلم يوجد القبض الكامل فاكتفى بالقبض القاصر ضرورة ولا يجوز فيما يحتمل القسمة خلافا للبيع فانه جائز فيهما* وقالت الائمة الثلاثة الهبة عقد تمليك فيجوز فى المشاع وغيره كالبيع بانواعه* واراد المصنف بالشيوع المانع الشيوع المقارن للعقد لا الطارى كأن يرجع الواهب فى بعض الهبة شائعا فانه لا يفسدها اما الاستحقاق فيفسد الكل لانه مقارن لا طار* قيد بالهبة لان الرهن يبطله الشيوع الطارى كالمقارن* كما فى البحر* وفى الدرر اعتراض على صدر الشريعة فى هذا المحل* فليراجع (فان قسم) اى افرز الجزء الموهوب المشاع* (وسلم) الى الموهوب له (صح) العقد لحصول الشرط بعد رفع الشيوع وهو كمال الشيوع* ولو سلمه شائعا لا يملكه الموهوب له حتى لا ينفذ تصرفه فيه ويكون مضمونا عليه وينفذ فيه تصرف الواهب* كما فى الدرر* وفى المنح* هبة المشاع اذا فسدت لا تفيد الملك وان قبض الجملة* روى ذلك عن ابى يوسف وهو الصحيح* وفى الخلاصة* الهبة الفاسدة مضمونة بالقبض ولا يثبت الملك للموهوب له بالقبض هو المختار* وفى جامع الفصولين والبزازية* ان الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض وبه يفتى* فقد اختلف التصحيح لكن لفظ الفتوى آكد من لفظ الصحيح كما افاده فى بعض المعتبرات (ولا تصح هبة دقيق فى بر و) هبة (دهن فى سمسم وسمن فى لبن وان) وصلية (طحن) البر (او استخرج) الدهن من السمسم والسمن من اللبن (وسلم) لان الموهوب معدوم وقت الهبة والمعدوم ليس بمحل للملك* بخلاف المشاع اذ هو محل له حيث كان موجودا وقت العقد الا انه يتوقف على القسمة والتسليم وذلك لا ينافى العقد (وهبة لبن فى ضرع وصوف على غنم وزرع فى ارض وتمر فى نخل كهبة المشاع) لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع حتى اذا فصلت هذه الاشياء عن ملك الواهب وسلمت صحت* بخلاف ما لو وهب الحمل وسلمه بعد الولادة لا يجوز لان فى وجوده احتمال الانفصال كالمعدوم* وفى الكافى* لو وهب زرعا فى ارض وتمرا فى شجر وامره بالحصاد والجذاذ جاز استحسانا* ويجعل كأنه وهبه بعد الحصاد والجذاذ* (وهبة شئ هو فى يد الموهوب له تتم بلا تجديد قبض) لتحقق شرط الهبة وهو القبض لان القبض الواجب بالهبة قبض امانة فينوب عنه كل قبض* بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض فيه مضمون فلا ينوب عنه قبض امانة فيلزمه قبض جديد* وفى اطلاقه شامل لما اذا كانت فى يده امانة او مضمونة واو وديعة كأنه بعد الهبة لم يكن عاملا للمالك فاعتبرت يد الحقيقة (وهبة الاب لطفله تتم بالعقد) لانه فى قبض الاب فينوب عن قبض الصغير لانه وليه (ان كان الموهوب فى يد الاب) فلا يحتاج الى قبض جديد سواء كان فى عياله اولا* لكن يلزم الاشهاد عليه الاحتياط والتحرز من جحود

سائر الورثة بعد موته (او) فى (يد مودعه) لان يد المودع كيد المالك (لان كان) الموهوب (فى يد غاصب) اى لو غصب عبده مثلا غاصب فوهب لابنه الصغير وهو فى يد الغاصب لاتتم الهبة بمجرد العقد لانه ليس فى يد الاب حقيقة وحكما لكونه مضمونا والضمان انما يكون بتفويت اليد (او) فى يد (مبتاع بيعا فاسدا) اى او باعه بيعا فاسدا وسلم ثم وهبه لابنه الصغير لاتجوز (او) فى يد (متهب) معناه لو وهب لآخر بلا عوض ثم وهبه لابنه الصغير لاتجوز * وهو ظاهر * لكن فى عامة المعتبرات او فى يد مرتهن مكان متهب يعنى او رهن لآخر ثم وهب لطفله لاتتم الهبة بمجرد العقد* تتبع (والصدقة فى ذلك كالهبة) والمراد من الصدقة هنا التصدق لابنه فقط والايلزم التكرار لان المصنف ذكر مطلق الصدقة فى آخر هذا الكتاب* فعلى هذا تفسير صاحب الفرائد فى هذا المحل مطلقا ليس بشئ تتبع (والام كالاب) فى انّ هبتها الطفلها تتم بالعقد (عند غيبته) اى الاب (غيبة منقطعة) وتفسيرها تقدم فى باب الاولياء (او موته) اى الاب (وعدم وصيه ان كان الطفل فى عيالها) لان للام ولاية الحفظ اذا كان فى حجرها لكن بشرط غيبة الاب غيبة منقطعة او موته وعدم وصيه لانه عند حضور الاب او الوصى لايكون للام ذلك ولو فى حجرها (وكذا كل من يعول الطفل) كالعم والاخ لان هذا محض نفع للطفل ولانه لما كان له تأديبه وتسليمه فى حرفة كان له التصرف النافع بتمليكه بمجرد الهبة اذا كان فى يده كما فى الام عند عدم الاب (وهبة الاجنبى له) اى للطفل (تتم بقبضه) اى بقبض الطفل (لو كان عاقلا) اى مميزا يعقل التحصيل ولو ابوه حيا لانه فى التصرف النافع يلحق بالبالغ العاقل * وفى البحر* من وهب للصغير يعبر عن نفسه شيأ فرده يصح كما يصح قبوله * وفى المبسوط * من وهب للصغير شيأ له ان يرجع فيه* وليس للاب التعويض من مال الصغير* وفى الخانية* ويدع القاضى ماوهب للصغير حتى لا يرجع الواهب فى هبته* (و) تتم ايضا (بقبض ابيه) حال صغره (او جده او وصى احدهما) اى بقبض وصى الاب او وصى الجد الصحيح سواء كان الصغير فى حجرهم اولا* لان لهؤلاء ولاية على اليتيم اما الاب فظاهر* واما غيره من الجد والوصى فلقيامهم مقام الاب (او) بقبض (امه ان) كان الطفل (فى حجرها) لامر* وفى الخلاصة* ويباح للوالدين ان يأكلا من المأكول الموهوب للصغير* فافاد ان غير المأكول لايباح لهما الا عند الاحتياج* واشار الى ماعلم ان ماوهب للصغير يكون ملكاله * امالو اتخذ الاب وليمة للختان فاهدى الناس هدايا ووضعوا بين يدى الولد فان كانت الهبة تصلح للصبى مثل ثياب الصبيان او بشئ يستعمله الصبيان فالهدية للصبى والا ينظر ان كان من اقرباء الاب او معارفه فهو للاب وان كان من اقرباء الام او معارفها فهو للام سواء كان المهدى يقول عند الهدية هذا للصبى ام لا * وهذا اذا لم يقل المهدى هذا له او لها * وكذا لو اتخذ الوليمة لزفاف بنته كما مر* وفى السراجية* وينبغى ان يعدل بين اولاده فى العطايا* والعدل عند ابى يوسف ان يعطيهم على السواء* هو المختار* كما فى الخلاصة* وعند محمد يعطيهم على سبيل المواريث* وان كان بعض اولاده مشتغلا بالعلم دون الكسب لابأس بان يفضله على غيره

وعلى جواب المتأخرين لا بأس بان يعطي من اولاده من كان عالما متأدبا ولا يعطى منهم من كان فاسقا فاجرا (او) بقبض (اجنبي يربيه) ويحجره لان له عليه يدا معتبرة حتى لا يتمكن اجنبي آخر ان ينزعه من يده فيملك النفع في حقه (او) تم (بقبض زوج الطفلة لها) اى للطفلة (ولو) وصلية (مع حضرة الاب بعد الزفاف) بعد ان زفت الصغيرة اليه في الصحيح لان الاب اقامه مقام نفسه في حفظها وقبض الهبة منه * ولو قبضه الاب ايضا صح لان الولاية له * واشتراط الزفاف لثبوت ولاية الزوج لانه انما يملكه باعتبار انه يعولها وذلك بعد الزفاف (لا قبله) اى لا يصح قبض الزوج قبل الزفاف لانه لا يعولها قبله ولا يشترط ان يكون ممن يجامع مثلها في الصحيح (وصح هبة اثنين او احد دارا) لانهما سلمت جملة وقبضت جملة فلا شيوع * وفيه اشعار بان هبة الاثنين للاثنين لا تجوز (لا عكسه) اى لا تصح هبة الواحد للاثنين عند الامام وزفر * لان هذه هبة النصف من كل واحد فيثبت الشيوع والقبض في المشاع لا يتحقق بخلاف الرهن لان حكمه الحبس بالدين وهو ثابت لكل واحد منهما بكماله * وقال يعقوب باشا * رجل وهب من رجلين شيأ يحتمل القسمة فالهبة فاسدة وليست باطلة عند ابي حنيفة فاذا قبضا ثبت لهما الملك على قول وبه يفتى * كذا في الذخيرة * ويعلم من هذا ان المراد من عدم الصحة الفاسد لا البطلان كما لا يخفى فليتأمل * اه (خلافا لهما) فان عندهما تصح نظرا الى انه عقد واحد فلا شيوع كما اذا رهن من رجلين * وفي السراجية * وهب من رجلين درهما صحيحا تجوز وعليه الفتوى لانها هبة مشاع لا يقسم * وانما قيدنا بالصحيح لان المغشوش في حكم العروض فيكون مما يقسم فلا تصح هبته للرجلين للشيوع (وصح تصدق عشرة) دراهم (على فقيرين وهبتها) اى هبة عشرة دراهم (لهما) اى لفقيرين (ولا يصحان) اى لا يصح التصدق بعشرة ولا هبتها (لغنيين) هذا رواية الجامع الصغير * جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر حيث جعل الهبة للفقيرين صدقة والصدقة على الغنيين هبة * وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم حيث اجاز الصدقة على اثنين ولم يجز الهبة * والجامع بينهما ان كلا منهما تمليك بلا عوض فجازت الاستعارة * والفرق ان الصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى وهو واحد والفقير نائب عنه ولا كذلك الهبة فيكون تمليكا من اثنين * ولهذا لو اوصى ثلث ماله للفقراء صح وان كانوا مجهولين لانها وقعت لله وهو معلوم * ولو اوصى به للاغنياء غير معينين لا يجوز * وفي الاصل سوى بينهما فوجب ان يمنع في البابين فكان في المسئلة روايتان * وقيل المراد بالصدقة المذكورة في الاصل الصدقة على غنيين فلا مخالفة بين الروايتين وهذا كله على قول الامام (خلافا لهما) فان عندهما الهبة من شخص جائزة فالصدقة اولى

باب الرجوع فيها

اى في الهبة * قد ذكرنا ان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحا وقد يمنع عن ذلك مانع فيحتاج الى ذكر ذلك في باب على حدة فقال (يصح الرجوع فيها) اى في الهبة بعد القبض ولو مع اسقاط حقه من الرجوع بان قال اسقطت حقي من الرجوع (كلا او بعضا) ما لم يمنع مانع من الموانع الآتية وعند الائمة الثلاثة لا يصح الرجوع في الهبة الا للوالد فيما وهب لولده

لقوله عليه السلام * لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يعطى لولده * والعائد في هبته كالكلب يعود في قيئه وفي رواية * لا يحل لواهب ان يرجع في هبته * ولنا قوله عليه السلام * الواهب احق بهبته مالم يثبت منها * اى مالم يعوض * والمراد به بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبله فلهذا قيدنا بعد القبض * وتأويل ما رووه ان الواهب لا يستبد بالرجوع من غير تراض ولا حكم حاكم الا الوالد فان له ان يأخذ من ابنه عند الحاجة من غير رضاء ولا قضاء كسائر اموال ابنه (ويكره) اى الرجوع تحريما * لان الامام الزاهدى قد وصف الرجوع بالقبح وكذا الحدادى وكثير من الشارحين * ولا يقال المكروه تنزيها قبيح لانه من قبيل المباح او قريب منه * كما في المنح (ويمنع منه) اى من الرجوع (حروف دمع خذقة) اخذها من بيت شعره قيل فيه وهو قوله * ومانع عن الرجوع في الهبة يا صاحبي حروف دمع خزقة * وفي خزانة الفقه * اثنى عشر ينقطع به حق الرجوع اذا كان الموهوب له ذا رحم محرم منه او كانت زوجته او كان زوجها او كان اجنبيا او عوضها وقال خذ هذا عوض هبتك او بدلا عنها او جزاء عنها او مكافاة عنها او في مقابلها او مات احدهما او خرج عن ملكه او زاد فيها زيادة متصلة بان كان عبدا صغيرا فكبر او كان مهزولا فسمن او كانت ارضا فبنى فيها او كان ثوبا فخاطه او صنعه صنعا يزيد او غيره بان كان حنطة فطحنها او دقيقا فخبزه او سويقا فلته بسمن او كان لبنا فاتخذه جبنا او سمنا او اقطا او كانت جارية فعلمها القرآن ٨ او الكتابة او المشاطة * تسعة اشياء لا ينقطع به حق الرجوع اذا زادت قيمته او ولدت الموهوبة يرجع في الام دون الولد او اثمرت الشجرة يرجع في الشجر دون الثمر او كان ثوبا فقطعه ولم يخطه او كان دارا فانهدم شئ منها او وهب لبني عمه او في مرضه لورثته ثم مات الواهب عقبه فلورثته الرجوع فيه او وهب لاخيه ولاجنبي عبدا يرجع في نصيب الاجنبي او استحق العوض يرجع في الهبة او استحق الهبة يرجع في العوض * اه * ثم شرع ان يبين ذلك بالفاء التفصيلية بقوله (فالدال) من هذه الحروف (الزيادة المتصلة) بالموهوب (كالبناء) على الارض * اذا كان يوجب زيادة في الارض وان كان لا يوجب لا يمنع الرجوع وان كان يوجب في قطعة منها بان كانت الارض كبيرة بحيث لا يعد مثله زيادة فيها كلها امتنع من تلك القطعة دون غيرها كما في التبيين * وفي السراجية * اذا وهب ارضا فبنى الموهوب له فيها بناء بطل الرجوع ولو زال عاد حق الرجوع * (والغرس) وفي المنح * رجل وهب لرجل ارضا بيضاء انبت في ناحية منها نخلا او بنى فيها بيتا او دكانا كان ذلك زيادة فيها وليس له ان يرجع في شئ منها * (والسمن) بان كان الموهوب هزالا فسمن عند الموهوب له * واحترز بالصلة عن الزيادة المنفصلة وعن هذا قال (لا المنفصلة) كالولد والارش والعقر فانه يرجع في الاصل دون الزيادة * قيد بالزيادة لان النقصان كالحبل وقطع الثوب بفعل الموهوب او لا غير مانع لما في التبيين من انه * لا يرجع في الجارية الموهوبة اذا ولدت حتى يستغنى ولدها فلو حبلت ولم تزد فللواهب الرجوع فيها لانه نقصان * اه * لكن يخالف ما في السراج من انه * لو وهب له جارية فحبلت في يد الموهوب له فاراد الرجوع فيها قبل انفصال الولد لم يكن له ذلك

والكتابة والمشط نسخة

لانهامتصلة بزيادة لم تكن موهوبة*تتبع*ثم المراد بالاتصال هوان يكون فى نفس الموهوب شئ يوجب زيادة فى القيمة كما هو المذكور فى المتن وكالجمال والخياطة والصبغ ونحو ذلك وان زاد من حيث السعر فله الرجوع لانه لازيادة للعين*وكذا اذا زاد فى نفسه من غيران يزيد فى القيمة كما اذا طال الغلام الموهوب لانه نقصان فى الحقيقة فلا يمنع الرجوع* ولو نقله من مكان الى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه الى مؤنة النقل عندهما ينقطع الرجوع خلافا لابى يوسف ولو وهب عبدا كافرا فاسلم فى يد الموهوب له اووهب عبدا حلال الدم فعفا ولى الجناية وهو فى يد الموهوب له لا يرجع*ولو كانت الجناية خطأ ففداه الموهوب له لا يمنع الرجوع ولا يسترد منه الفداء * ولو علم الموهوب له العبد القرآن والكتابة او الصنعة لم يمنع الرجوع لان هذه ليست زيادة فى العين فاشبهت الزيادة فى السعر*وفيه خلاف زفر*ويروى الخلاف فى العكس* ولو اختلفا فى الزيادة فالقول للواهب لانه ينكر لزوم العقد*كما فى التبيين وشرح الكنز للعينى* وفى الخانية * ولو علم القرآن اوالكتابة اوالقراءة اوكانت اعجمية فعلمها الكلام اوشيأ من الحروف لا يرجع الواهب فى هبته لحدوث الزيادة فى العين*اه *هذا يخالف مافى التبيين*كما فى المنح*وفيه كلام لان صاحب التبيين اشار الى مافى الخانية فقال* ويروى الخلاف فى العكس* تدبر*ولوان مريضا وهب لرجل جارية فوطئها الموهوب له ثم مات الواهب وعليه دين مستغرق تردالهبة ويجب على الموهوب له العقر هو المختار (والميم موت احد العاقدين) اما موت الموهوب له فلخروج الموهوب عن ملكه وانتقاله الى وارثه*واما موت الواهب فلتعذر الرجوع عنه والوارث ليس بواهب والنص فى حق الواهب*هذا اذا كان بعد التسليم لانه قبل التسليم بطلت لعدم الملك*ورجوع المستأمن الى دار الحرب بعد الهبة قبل القبض مبطل لها كالموت*فان كان الحربى اذن للمسلم فى قبضه وقبضه بعد رجوعه الى دار الحرب جاز استحسانا (والعين العوض المضاف اليها) اى الى الهبة (اذاقبض) الواهب العوض*وفسره بقوله (نحو خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها) اى عن هبتك (او) خذه (فى مقابلتها) اى مقابلة الهبة لان الشرط فى كونه عوضا ان يذكر لفظا يعلم الواهب انه عوض (ولو) وصلية (كان) التعويض (من اجنبى) اى جاز العوض من اجنبى وسقط حق الواهب فى الرجوع فى الهبة اذا قبض العوض لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبى كبدل الخلع ولو كان التعويض بغير اذن الموهوب له * ولا رجوع للمعوض على موهوب له ولو كان شريكه سواء كان باذنه اولا لان التعويض ليس بواجب عليه فصار كما لو امره ان يتبرع لانسان* الا اذا قال على انى ضامن (فلو لم يضف) اى لم يقل الموهوب له خذ عوض هبتك يكون فعله هبة مبتدأة لاتعويضا فيشترط فيه مايشترط فى الهبة من القبض (فلكل) واحد منهما (ان يرجع فيما وهب) وفى المبسوط* هذا سواء كانت الهبة شيأ قليلا اوكثيراً وسواء كان العوض من جنسها او من غير جنسها لانها ليست بمعاوضة محضة حتى يتحقق فيها الربوا وانما هى لقطع الرجوع* (والخاء الخروج) اى خروج العين الموهوبة (عن ملك الموهوب له) بسبب من

اسباب الملك كالبيع والهبة فان تبدل الملك كتبدل العين * فلو ضحى الشاة الموهوبة اونذر التصدق بها وصارت لحما لايمنع الرجوع عند الطرفين * خلافا لابي يوسف (والزاء الزوجية) اى الزوجية مانعة من الرجوع لان المقصود فيها الصلة اى الاحسان كما فى القرابة (وقت الهبة فله) اى للواهب (الرجوع لو وهب ثم نكح) لانها لم تكن زوجة وقت الهبة (لا) يرجع (لو وهب ثم ابان) لوجود الزوجية المانعة وقت الهبة (والقاف القرابة) لان المقصود منها صلة الرحم وقد حصل وفى الرجوع قطيعة الرحم فلا يرجع سواء كان القريب مسلما اوكافرا ثم فسر القرابة بقوله (فلا رجوع فيما وهب لذى رحم محرم) من الواهب * وان وهب لمحرم بلا رحم كاخيه من الرضاع وامهات النساء والربائب وازواج البنين والبنات لايمنع الرجوع * وقيد بالمحرم لان الرحم بلا محرم كابن عمه لايمنع الرجوع (ولو وهب لعبد اخيه) اولاخيه وهو عبد لاجنبي فانه (يرجع) فيهما عند الامام * وقالا لا يرجع فى الاولى ويرجع فى الثانية * (ولو كانا) اى العبد ومولاه (ذارحم محرم) من الواهب (فلا رجوع فيها) اى فى الهبة للواهب اتفاقا على الاصح (والهاء هلاك الموهوب) فانه مانع من الرجوع لتعذره بعد الهلاك اذهو غير مضمون عليه (والقول فيه) اى فى الهلاك (قول الموهوب له) لانه منكر لوجوب الرد عليه فاشبه المودع * وفى الخلاصة * لوقال الموهوب له هلكت فالقول قوله ولايمين عليه فان قال الواهب هى هذه حلف المنكر انها ليست هذه * كما يحلف الواهب ان الموهوب له ليس باخيه اذا ادعى الاخ عليه ذلك * كما فى المنح (وفى الزيادة قول الواهب) اى لو ادعى الموهوب له ازديادا مافى يده زيادة متصلة وانكرها الواهب فيكون القول له * خلافا لزفر (ولو عوض) الموهوب له (فاستحق نصف الهبة رجع بنصف العوض) لان نصف العوض عن نصف الهبة فلم يسلم له نصف الهبة يرجع بنصف العوض كما فى البيع (وان استحق نصف العوض لا يرجع) الواهب (بشئ حتى يرد باقيه) اى باقى العوض لان العوض ليس ببدل حقيقة بدليل انه يجوز ان يعوضه اقل من جنسه فى المقدرات ولوكان معاوضة لما جاز للربوا وانما اعطاه ليسقط حقه فى الرجوع كما مر آنفا الا انه لم يرض بسقوط حقه الا بسلامة كل العوض فاذا لم يسلم له كله كان له الخيار ان شاء رضى بما بقى من العوض وان شاء رد الباقى عليه ويرجع فى الهبة * خلافا لزفر اذ عنده يرجع بالنصف اعتبارا بالموهوب (وان استحق الكل رجع بالكل فيهما) اى لو استحق كل الهبة كان للموهوب له ان يرجع فى جميع العوض ان كان قائما وبمثله ان هالكا وهو مثلى وبقيمته ان قيميا ولو استحق كل العوض حيث يرجع فى كل الهبة ان كانت قائمة لا ان هالكة ويشترط ان لاتزداد العين الموهوبة * فلو استحق العوض وقد ازدادت الهبة لم يرجع * كما فى الخلاصة (ولو عوض عن نصفها) اى الهبة (فله) اى للواهب (ان يرجع بما لم يعوض) لان المانع قد خص النصف * غاية ما فيه انه يلزم منه الشيوع فى الهبة لكنه طار فلا يضره وفى المنح نقلا عن المجتبى * ان العوض المانع من الرجوع هو المشروط فى عقد الهبة * اما اذا عوضه بعده فلا * ولم ار من صرح به غيره وفروع المذهب فى هذا الباب مطلقة عن هذا الشرط منها ماتقدم من ان

دقيق الحنطة يصلح عوضا عنها ومن انه لو عوضه ولدا حدجاريتين موهوبتين وجد بعد الهبة فانه يمتنع الرجوع *وتمامه فيه فليطالع (ولو خرج نصفها) اى نصف الهبة (عن ملكه) اى الموهوب له (فله) ى للواهب (ان يرجع بمالم يخرج) عن ملكه لان المانع من الرجوع وهو الخروج عن ملكه لم يوجد الا فى النصف فيتقدر الامتناع بقدره ولان له الرجوع فى كل الهبة ففى النصف اولى ان يرجع الى مالم يعوض (ولا يصح الرجوع) عن الهبة (الابتراض) من الطرفين (اوحكم قاض) بالرجوع او لايتمماعلى العامة ولو لايتمماعلى انفسهما كالرد بالعيب بعد القبض اذ فى حصول المقصود وعدمه خفأ لان من الجائز ان يكون المراد الثواب والتحبب *وعلى هذا لا يرجع لحصول المرام *ومن الجائز ان يكون المراد العوض *وعلى هذا يرجع *فاذا وقع التردد فلا بد من الفصل بالرضاء او القضاء * وعند الائمة الثلاثة يصح بدونهما ثم فرعه بقوله (فلو اعتق الموهوب له) العبد الموهوب (بعد الرجوع قبل القضاء والتسليم نفذ) اعتاقه لانه لا يخرج من ملك الموهوب له الا بالقضاء او الرضاء فيصح اعتاقه قبلهما (ولو منعه) اى منع الموهوب له الموهوب عن الواهب بعد ان يرجع قبل القضاء او بعده (فهلك) الموهوب فى يد الموهوب له (لا يضمن) لان يده غير مضمونة الا اذا طلبه بعد القضاء فمنعه مع القدرة على التسليم فحينئذ يكون يده يد ضمان لمنعه بعد طلب * فظهر الفرق بين المنع بعد الرجوع وبين المنع بعد الطلب (وهو) اى الرجوع (مع احدهما) ى مع التراضى او قضاء القاضى (فسخ) لعقد الهبة (من الاصل) او اعادة للملك القديم (لاهبة من الموهوب له) وعند زفر الرجوع بالتراضى عقد جديد فيجعل بمنزلة الهبة المبتدأة * ولنا ان عقد الهبة وقع جائزا موجبا لحق الفسخ فاذا رجع الواهب كان مستوفيا لحق ثابت له بالعقد * لان العقد وقع غير لازم لا ابتداء لعقد جديد * ثم فرعه بقوله (فلا يشترط قبضه) اى الواهب لان القبض انما يعتمد فى انتقال الملك لا فى عوده الى الملك القديم (وصح) اى الرجوع (فى المشاع القابل) للقسمة بان وهب دارا ورجع فى نصفها ولو كان هبة مبتدأة لما صح فى المشاع القابل للقسمة (وان تلف الموهوب) عند الموهوب له (فاستحق) مستحق (فضمن الموهوب له) قيمته للمستحق (لا يرجع على واهبه) بما ضمن لان العقد تبرع وهو غير عامل له فلا يستحق السلامة ولا يثبت به الغرور *بخلاف الوديعة لان المودع عامل له وبخلاف المعاوضات لان عقد المعاوضة يقتضى السلامة *والاعارة كالهبة هنا *كما فى التنوير (والهبة بشرط العوض هبة ابتداء) اى فى ابتداء العقد (فشرط القبض فى العوضين) لان القبض شرط فى الهبة لما مر وكل واحد منهما واهب من وجه (ومنعها) اى الهبة (الشيوع) فيما يحتمل القسمة (فى احدهما) اى فى احد العوضين لما مر من ان هبة المشاع لا تصح (بيع انتهاء) اى فى انتهاء العقد بعد التقابض (فتثبت الشفعة) اذا كان عقارا كما مر (و خيار العيب والشرط والرؤية فى كل واحد منهما) والفاء فى قوله فشرط وفى قوله فتثبت نتيجة ما قبلهما من الكلام * وعند زفر والائمة الثلاثة بيع مطلقا اى ابتداء وانتهاء لانها تمليك ببدل من الابتداء فكان بيعا * ولنا انه اشتمل على وجهين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين

فيكون ابتداؤه معتبرا بلفظه فيجرى فيه احكام الهبة وانتهاؤه معتبرا بمعناه فيجرى فيه احكام البيع * ولامنافاة بين الحكمين لان الهبة من حكمها تأخير الملك الى القبض * ومن حكم البيع اللزوم وقد ينقلب الهبة البيع بالتعويض * هذا اذا ذكره بكلمة على بان يقال وهبتك ذا على ان تعوضنى كذا * اذلو قال وهبتك بكذا فهو بيع اجماعا * كما فى الحائق والغاية * وظاهره انه بيع ابتداء وانتهاء * كما فى البحر * وفيه اشعار بانه اذا كان حرف الشرط كلمة ان بان يقول وهبتك كذا ان كان كذا ينبغى ان تكون الهبة باطلة كالبيع

﴿ فصل ﴾

فى بيان احكام مسائل متفرقة (ومن وهب امة الا حملها او) وهبها (على) شرط (ان ردها) اى يرد الموهوب له الامة (عليه) اى على الواهب (او) على ان (يعتقها او) على ان (يستولدها) اى يتخذ الامة ام ولد (صحت الهبة) فى الصور كلها (وبطل الاستثناء) لانه لا يعمل الا فى محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل فى الحمل قصدا لكونه وصفا لان ما فى البطن ليس بمال ولا يعلم وجوده حقيقة فتصح فيهما وفى الجنين لا يجوز لانه جزء منها فلا يجوز استثناؤه بخلاف الوصية لان افراد الحمل بالوصية جائز وكذا استثناؤه (و) بطل (الشرط) فى الصور الباقية لكونه مخالفا بمقتضى العقد والتمليك فيكون فاسدا والهبة لا تفسد بالشرط الفاسد كما مر (وكذا) تصح الهبة وبطل الشرط (لو وهب دارا على ان يرد) اى الموهوب له (عليه) اى على الواهب (بعضها) اى الدار (او) على ان (يعوضه شيأ منها) اى من الدار * واعترض الزيلعى تبعا لصاحب النهاية على قولهم او يعوضه شيأ منها * بان اراد به الهبة بشرط العوض فهى والشرط جائزان فلا يستقيم قوله وبطل الشرط وان اراد ان يعوضه عنها شيأ من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على ان يرد شيأ منها * اه * واجاب صاحب الدرر بان يختار الشق الاول وقوله فهى والشرط جائزان ممنوع وانما يجوز اذا كان العوض معلوما كما عرفت من المباحث السابقة وصرح به بعض شراح الهداية * وكذا الحال فى الصدقة * اه * لكن ان ما جعل مبنى الجواب من كون العوض المجهول شرطا فاسدا موافق للخانية فى مسئلة هبة الارض بشرط انفاق ما يخرج منها على الواهب لكنه مخالف لما قاله التمرتاشى من انه * لو وهب بشرط العوض ولم يسم العوض جاز لان الهبة تقتضى عوضا مجهولا * وقد اجاب بعض الفضلاء بانا نختار الشق الثانى ولا تكرار لان فى عبارة العوض مظنة الصحة كما لا يخفى لكن الاولى ما فى شرح الكنز للعينى من انه * لا يلزم التكرار اصلا لان قوله على ان يرد عليه شيأ منها لا يستلزم ان يكون عوضا لان كونه عوضا انما هو بالفاظ مخصوصة فيجوز ان يكون ردا ولا يكون عوضا لعدم الاستلزام * واما قوله او يعوضه شيأ منها فصريح بالعوض ولا شك انهما متغايران (ولو دبر الحمل ثم وهبها) اى الامة (فالهبة باطلة) لان المدبر يبقى على ملك الواهب الى موته فصار كهبة المشاع (بخلاف ما لو اعتقه) اى الحمل (ثم وهبها) اى الامة فانه يجوز العتق فى الولد والهبة فى الامة لان الجنين لم يبق على ملك الواهب فلم تشتغل الامة غير حضانة الولد (ومن قال لمديونه اذا جاء غد فالدين لك او) قال (فانت برئ منه) اى من الدين (او) قال (ان اديت الى نصفه) اى الدين (فالباقى) اى

النصف الآخر (لك او) قال له ان اديت الى نصفه (فانت برئ منه) اى من النصف الباقى (فهو باطل) * لان الابراء تمليك من وجه واسقاط من وجه * ولهذا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول * والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التى يحلف بها كالطلاق والعتاق * وهذا تمليك من وجه فلا يجوز تعليقه بالشرط فيبطل * بخلاف قوله * انت برئ من النصف على ان تؤدى الى النصف * لانه تقييد وليس بتعليق * كما فى التبيين وغيره * ولو قال لمديونه * ان كان لى عليك دين ابرأتك منه * وله عليه دين صح الابراء لانه تعليق بشرط كائن فيكون تنجيزا * ولو قالت لزوجها المريض * ان مت من مرضك هذا فانت فى حل من مهرى * او قالت * مهرى عليك صدقة * فهو باطل لان هذه مخاطرة وتعليق * ولو قال الطالب لمديونه * اذا مت فانت برئ من الدين الذى لى عليك * جاز ويكون وصية من الطالب للمطلوب * كما فى المنح (والعمرى جائزة للمعمر) بفتح الميم الثانية وهو الموهوب له (حال حياته ولورثته بعده) اى بعد وفاته لقوله عليه الصلاة والسلام * من اعمر عمرى فهى للمعمر له ولورثته * لان المفهوم منه بطلان الشرط لانه قال عليه الصلاة والسلام * ولورثته * كما بيناه فى اول الكتاب * ثم اشار الى تفسير العمرى بقوله (وهى ان يجعل داره له مدة عمره فاذا مات ردت) الدار (اليه) اى الى الواهب بطل شرط الرد بعد الموت لما مر (والرقبى) بضم الراء (باطلة فان قبضها كانت عارية فى يده) هذا عند الطرفين (وعند ابى يوسف تصح كالعمرى) لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه عليه السلام قال * العمرى جائزة لمن اعمرها والرقبى جائزة لمن ارقبها * وبه قال الشافعى واحمد * والجواب عنه انه مأخوذ من الارقاب معناه رقبة دارى لك وذلك جائز لكن لما احتمل الامرين لم تثبت الهبة بالشك فتكون عارية * ثم اشار الى تفسيرها بقوله (وهى ان تقول ان مت قبلك فلك وان مت قبلى فلى) فيترقب كل واحد منهما موت صاحبه * وفى التنوير * بعث الى امرأته متاعا وبعثت له ايضا ثم افترقا بعد الزفاف وادعى انه عارية واراد الاسترداد وارادت الاسترداد ايضا يسترد كل ما اعطى * لما فى فتاوى قاضى ظهير الدين من انه * رجل تزوج امرأة وبعث هدايا اليها وعوضت المهر لهدايا عوضا للهبة فاذا لم يكن ذلك هبة لم يكن ذلك عوضا وكان لكل واحد منهما ان يسترد * (والصدقة كالهبة) لانها تبرع مثلها فاذا كان كذلك (لا تصح) الصدقة (بدون القبض) بل لا بد من كونها مقبوضة كالهبة (ولا) تصح (فى مشاع تقسيم) اى يحتمل القسمة كسهم من الدار عند الامام * خلافا لهما على ما تقدم فى الهبة (ولا رجوع فيها) اى فى الصدقة بعد القبض لان المقصود فيها هو الثواب دون العوض (ولو) كانت الصدقة (لغنى) استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب لكثرة عياله * وفى الخانية * ولو اختلفا فقال الواهب كانت هبة وقال الموهوب له صدقة فالقول للواهب * وفى العناية فى هذا المحل كلام * وفى حاشيته للمولى سعدى جواب * فليطالع (ولا) رجوع (فى الهبة لفقير) لان المقصود الثواب وقد حصل بخلاف الهبة للغنى لانها قد تكون لعوض دنيوى (ولو قال جميع مالى او ما املكه لفلان فهو هبة) لان مملوكه لا يصير لغيره الا بتمليكه (وان قال ما ينسب الى او ما يعرف لى لفلان (فاقرار) لانه لا يفهم منه التمليك وانما يفهم منه انه ملك لفلان ولكنه منسوب الى بكونه

فى يدى فيكون اقرار * رفى التنوير * هبة الدين ممن عليه الدين وابراؤه عنه يتم من غير قبول تمليك الدين ممن ليس عليه الدين باطل الااذاسلطه على قبضه * وفى المنح نقلا من جواهر الفتاوى * المسألته عمن كتب قصة الى السلطان وسأل منه تمليك ارض محدودة فامر السلطان بالتوقيع فكتب كاتب السلطان على ظهر القصة انى جعلت الارض ملكاله * هل يصير الارض ملكاله ام لايحتاج الى القبول من السلطان فى مجلس واحد * فانه تمليك يحتاج الى القبول من السلطان فى المجلس * قال هذا هوالقياس * لكن لماتعذر الوصول اليه اقيم السؤال بالقصة مقام حضوره فاذا امر بذلك واخذ منه بالتوقيع تملك *

﴿ كتاب الاجارة ﴾

حقبه بالهبة ترقيا من الاعلى الى الادنى فان الاجارة تمليك المنافع والهبة تمليك العين والعين اقوى * وهى فى اللغة اسم للاجرة وهى مايستحق على عمل الخير * وفى القهستانى * فانها وان كانت فى الاصل مصدر آجر زيد يأجر بالضم اى صار اجيرا الاانها فى الاغلب يستعمل بمعنى الايجار اذا المصدر يقام بعضها مقام البعض فيقال آجرت اجارة اى اكريتها ولم يجئ من فاعل بهذا المعنى على ماهو الحق * كذا فى الرضى * وقال بعض اهل العربية الاجارة فعالة من المفاعلة وآجر على وزن فاعل لاافعل لان الايجار لم يجئ والمضارب يؤاجر واسم الفاعل المؤاجر * وفى عين الخليل آجرت زيدا مملوكى اوجره ايجارا * وفى الاساس آجر وهو موجر ولم يقل مؤاجر فانه غلط ومستعمل فى موضع قبيح * وقد جوز صاحب الكشاف فى مقدمة الادب كون آجره الدار من باب الافعال والمفاعلة معا * وفى الاصطلاح (هى) اى الاجارة (بيع منفعة) احتراز من بيع عين (معلومة) جنسا وقدرا (بعوض) مالى اونفع من غير جنس المعقود عليه كسكنى دار بركوب دابة ولايجوز بسكنى دار اخرى للربوا (معلوم) قدرا وصفة فى غير العروض لان جهالتهما تفضى الى المنازعة (دين) اى مثلى كالمكيل والموزون والعددى المتقارب (اوعين) اى قيمى كالثياب والدواب وغيرهما * فخرج البيع والهبة والعارية والنكاح فانه استباحة المنافع بعوض لاتمليكها * وفى الدرر * تمليك نفع بعوض * وانماعدل عن قولهم * تمليك نفع معلوم بعوض كذلك * لانه ان كان تعريفا للاجارة الصحيحة لم يكن مانعا لتناوله الفاسدة بالشرط الفاسد وبالشيوع الاصلى وان كان تعريفا للاعم لم يكن تقييد النفع والعوض بالمعلومية صحيحا * وما اختير ههنا تعريف للاعم * اه * لكن المصنف قيد البدلين بالمعلومية فقد اخرج الاجارة الفاسدة بالجهالة عن التعريف ونبه ان المعتبر فى الشرع هى الاجارة الغير المفضية الى النزاع وجعل ذكر المعلوم توطئة لقوله الآتى * والمنفعة تعلم تارة الخ * تدبر * والقياس يأبى جواز عقد الاجارة لان المعقود عليه معدوم واضافة التمليك الى ماسيوجد لايصح لكنه جوز لحاجة الناس اليه * وقد ثبت جوازه بالكتاب والسنة وضرب من المعقول اما الكتاب فقوله تعالى * على ان تأجرنى ثمانى حجج * وشريعة من قبلنا لازمة مالم يظهر نسخها * واما السنة فقوله عليه السلام * من استأجر اجيرا فليعلمه اجره وقوله عليه السلام * اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه * واما المعقول فلان بالناس حاجة اليه ولامفسدة فيه * وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث

(المنفعة)

المنفعة* وفي البحر* والمراد من انعقاد العلة ساعة فساعة في كلام مشايخنا على حسب حدوث
المنافع هو عمل العلة ونفاذها في المحل ساعة فساعة لا ارتباط الايجاب والقبول كل ساعة وان كان
ظاهر كلام المشايخ يوهم ذلك والحكم تأخر من زمان انعقاد العلة الى حدوث المنافع ساعة فساعة
لان الحكم قابل للتراخي كما في البيع بشرط الخيار* وتمامه فيه فليطالع* وبهذا يندفع اعتراض
المولى سعدى على الهداية بانه* لابد ان يتأمل في هذا المقام * فان الانعقاد هو ارتباط القبول
بالايجاب * فاذا حصل الارتباط باقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد * فامعنى الانعقاد
ساعة فساعة بعد ذلك * تدبر* ومن محاسن الاجارة دفع الحاجة بقليل من البدل فان كل احد
لايقدر على دار يسكنها وحمام يغتسل فيها وابل يحمل اثقاله الى بلد لم يكن بالغه الا بشق
النفس* وسببها تعلق البقاء المقدر * وشرطها معلومية البدلين* وركنها الايجاب والقبول
بلفظين ماضيين من الالفاظ الموضوعة لعقد الاجارة مثل ان يقول* اعرتك هذه الدار شهرا
بكذا * او وهبتك منافعها *وتنعقد بالتعاطي كالبيع * وشرطها ماتقدم من كون الاجرة
والمنفعة معلومتين* وحكمها وقوع الملك في البدلين ساعة فساعة كما مر* وفي المنح* ولا تنعقد
الاجارة الطويلة بالتعاطي لان الاجرة غير معلومة قد يجعلون لكل سنة دانقا وقد يجعلون
طسوجا* وفي غير الطويلة الاجارة تنعقد بالتعاطي * كذا في الخلاصة* قلت مفاد كلامه ان
الاجرة اذا كانت معلومة في الاجارة الطويلة تنعقد بالتعاطي * اه (وما صلح ثمنا) في البيع
(صلح اجرة) في الاجارة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع * ومراده من الثمن ماكان
بدلا عن شيء فدخل فيه الاعيان فان العين يصلح بدلا في المقايضة فتصلح اجرة* وفيه اشارة
الى انها لو كانت الاجرة دراهم انصرفت الى غالب نقد البلد فان كانت الغلبة مختلفة فالاجارة
فاسدة مالم يبين نقدا منها فان بين جاز والى انها لو كانت كيليا اووزنيا او عدديا متقاربا فالشرط فيه
بيان القدر والصفة* وقوله وماصلح ثمنا صلح اجرة لاينافي العكس حتى صلح اجرة مالا يصلح
ثمنا كالمنفعة فانها لاتصلح ثمنا وتصلح اجرة اذا كانت مختلفة الجنس كاستئجار سكنى الدار
بزراعة الارض وان اتحد جنسهما لا (وتفسد) الاجارة (بالشروط) كالبيع (ويثبت فيها)
اي في الاجارة (خيار الشرط) كما يثبت في البيع (و) خيار (الرؤية) خلافا للشافعي فيهما
(و) خيار (العيب) سواء كان حاصلا قبل العقد او بعده (وتقال) الاجارة (وتفسخ) كما في
البيع كما سيأتي* ولما ذكر في التعريف معلومية المنفعة احتاج الى مابه تكون معلومة فقال
(والمنفعة تعلم تارة ببيان المدة كالسكنى) اي كاجارة الدار للسكنى (والزراعة) اي كاجارة
الارض للزراعة (فتصح) اجارتها (مدة معلومة اي مدة كانت) * لان المدة اذا كانت
معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لاتتفاوت فافاد انها تجوز ولو كانت المدة
لايعيش احد العاقدين الى مثلها عادة* واختاره الخصاف لان العبرة للفظ وانه يقتضي التوقيت
كما لو تزوج امرأة الى مائة سنة فانه توقيت فيكون متعة ومنعه بعضهم لان الغالب كالمتيقن
في حق الاحكام فصارت الاجارة مؤبدة معنى والتأبيد يبطلها *وافاد انها تجوز مضافة كما لو
قال آجرتك هذه الدار غدا وللموجر بيعها اليوم وتنقض الاجارة كما في الخلاصة* وفي الخانية

ولو كانت الاجارة الى الغد ثم باع من غيره فيه روايتان في رواية ليس للآجران يبيع قبل مجئ الوقت وفي رواية جاز والفتوى على انه يجوز البيع وتبطل الاجارة المضافة وهو اختيار شمس الائمة الحلوانى * وتمامه المنح فليطالع * وعند الشافعي في احد قوليه لايجوز اكثر من سنة (وفي الوقف يتبع شرط الواقف) لانه كنص الشارع في وجوب الاتباع (فان لم يشترط الواقف في اجارته مدة بل سكت عنها (فالفتوى ان لاتزاد في) اجارة (الاراضي على ثلاث سنين وفي) اجارة (غيرها) اى غير الاراضى ان لاتزاد (على سنة) واحدة * كيلا يدعى المستأجر ملكها وهو المختار * كما في الهداية * وقد افتى الصدر الشهيد بعدم الزيادة على ثلاث سنين في الضياع وعلى سنة واحدة في غيرها الا اذا كانت المصلحة في غيره * وفي المحيط * وهو المختار للفتوى * فلو آجرها المتولى اكثر مما ذكر لم تصح * وقيل تصح وتفسخ * وهذه المسئلة وماقبلها ذكرت في الوقف فلا فائدة في تكرارها * والحيلة في الزيادة ان يعقد عقود متفرقة كل عقد على سنة ويكتب في الكتاب * ان فلان بن فلان استأجر الوقف كذا وكذا سنة بكذا * فيكون العقد الاول لازما والباقي غير لازم لانه مضاف * فلمتولى الوقف ان يفسخ الاجارة في العقود الغير اللازمة اذا خاف بطلان الوقف العلة المذكورة * بخلاف ما اذا كانت الاجارة طويلة بعقد واحد فانها لازمة في الكل كما في الخانية * وغيرها * فعلى هذا يندفع اعتراض صدر الشريعة من ان علة عدم الجواز اذا كانت هذا المعنى (اى دعوى الملك بمرور الزمان) لاتصح الاجارة الطويلة بعقود مختلفة كما جوزها البعض تجاوز الله عنهم * اه * وذكر صدر الاسلام * ان الحيلة في الزيادة ان يرفع الى الحاكم حتى يجيزه * واعلم ان اجارة الوقف لاتجوز الا باجر المثل او اكثر * ولو آجر الناظر بدون اجر المثل لاتصح الاجارة ويلزم المستأجر تمام اجر المثل * وفي البحر * متولى ارض الوقف آجرها بغير اجر المثل يلزم مستأجرها تمام اجر المثل عند بعض علمائنا وعليه الفتوى * قيل ان استأجر دار الوقف بمدة طويلة ان كان السعر بحالها حيث لم يزد ولم ينقص يجوز وان غلا اجر مثلها يفسخ العقد ويجدد ثانيا * وكذا اذا استأجرها الى سنة فغلا السعر بعد مضى نصف السنة يفسخ العقد ويجب المسمى ويجدد ثانيا فيما بقى * بخلاف الكرم المستأجر ليأكل ثمرته في رأس السنة * (و) المنفعة (تارة تعلم بذكر العمل كصبغ الثوب وخياطته) اى خياطة الثوب * وفيه اشارة الى انه لابد ان يعين الثوب الذى يصبغ ولون الصبغ بانه احمر او نحوه وقدر الصبغ اذا كان مما يختلف وجنس الخياطة والمخيط (وحمل قدر معلوم على دابة مسافة معلومة) لما في البحر من ان استئجار الدابة للركوب لابد فيه من بيان الوقت او الموضع حتى لو خلا عنهما فهى فاسدة * وبه يعلم فساد اجارة دواب العلافين الواقعة في زماننا لعدم بيان الوقت والموضع (و) المنفعة (تارة) تعلم (بالاشارة كنقل هذا) الطعام مثلا (الى موضع كذا) لانه اذا عرف ماينقله مع موضع ينتهى اليه صار معلوما (والاجرة) في الاجارة (لاتستحق بالعقد) اى بنفس العقد فلا يجب تسليمها عينا كان اوديننا عندنا لان حكم العقد يظهر عند وجود المنفعة وهى

(معدومة)

معدومة عند العقد * ولذا يقام العين مقام المنفعة في حق اضافة العقد الى المنفعة كما يقام السفر مقام المشقة فيجب الاجرة مؤجلا موقتا على تحقق احد الامور الآتي ذكرها * وعن هذا قال (بل) تستحق (بالتعجيل او بشرطه) اى بشرط التعجيل لان امتناع الملك بنفس العقد لتحقق المساواة فاذا عجل او شرط التعجيل فقد ابطل المساواة التي هي حقه * بخلاف الاجارة المضافة بشرط تعجيل الاجرة فان الشرط باطل لامتناع ثبوت الملك من التبدل للتصريح بالاضافة الى وقت في المستقبل والمضاف الى وقت لايكون موجودا قبله ولا يتغير هذا المعنى (او باستيفاء المعقود عليه) لتحقق المساواة بينهما اذ العقد عقد معاوضة (او التمكن منه) اى من استيفاء النفع اقامة للتمكن من الشئ مقام ذلك الشئ * هذا اذا كانت الاجارة صحيحة * فاما اذا كانت فاسدة لايجب شئ بمجرد التمكن من استيفاء المنفعة الا بحقيقة الانتفاء * ثم فرع على هذا بقوله (فيجب الاجرة (او نبض) المستأجر (الدار ولم يسكنها) اى الدار (حتى مضت المدة) لان تسليم نفس المنفعة لما لم يكن اقيم تسليم محلها مقامها اذ التمكن من الانتفاع يثبت به * وفي النوازل * اذا استأجر دابة الى مكة فلم يركبها ان كان بغير علة في الدابة فعليه الاجر وان كان لعلة فيها فلا اجر (وتسقط) الاجرة (بالغصب) * الا اذا امكن اخراج الغاصب من الدار بشفاعة او حماية * كما في التنوير (بقدر فوت التمكن) يعني اذا غصب الدار المستأجرة غاصب من يد المستأجر في جميع المدة سقطت الاجرة وان غصب في بعضها سقطت بقدر ذلك واشار بقوله * تسقط * الاجرة الى ان العقد ينفسخ بالغصب * كما في الهداية * خلافا لقاضيخان فانه قال * لا تنفسخ * واطلاقه شامل للعقار وغيره * ومراده من الغصب ههنا الحيلولة بين المستأجر والعين لا حقيقته اذ الغصب لا يجري في العقار عندنا * قال صاحب المنح * ولو انكر الموجر الغصب وادعاه المستأجر ولا بينة له على دعواه يحكم الحال فان كان المستأجر هو الساكن في الدار حال المنازعة فالقول للموجر وان كان فيها غير المستأجر فالقول للمستأجر ولا اجر عليه كمسئلة الطاهونة * وفي تنويره * فلو سلمه اى سلم الآجر المستأجر العين الموجرة بعد مضي بعض المدة فليس لاحدهما الامتناع من ذلك اذا لم يكن في مدة الاجارة وقت يرغب في العين الموجرة لاجل ذلك الوقت فان كان فيها وقت كذلك اى يرغب فيها في وقت معين دون وقت كما في بيوت مكة ومنى خير في قبض الباقي * وفي السراجية وغيرها * اذا سكن دارا معدة للغلة او زرع ارضا معدة للاستغلال من غير اجارة تجب الاجارة وعليه الفتوى * وفي القنية * تسليم المفتاح في المصر مع التخلية بينه وبين الدار تسليم للدار حتى تجب الاجرة بمضي المدة وان لم يسكن * وتسليم المفتاح في السواد ليس بتسليم الدار وان حضر المصر والمفتاح في يده * (ولرب الدار والارض طلب الاجرة لكل يوم ولرب الدابة لكل مرحلة) لان العقد في حق المنفعة ينعقد شيأ فشيأ وكان ينبغي ان يجب تسليمه ولو خطوة او سكن ساعة الا انا جوزنا استحسانا وقدرنا بيوم ومرحلة لان ذا يفضي الى الحرج الا اذا بين زمان الطلب عند العقد فيوقف الموجر الى ذلك الوقت لكونه بمنزلة التأجيل * وقال زفر * ليس لهم ذلك الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر * كما قال الامام اولا (وللقصار

والخياط بعد الفراغ من عمله) اذ قبله لا ينتفع بالبعض فلا استحقاق للاجر (وان) وصلية (عمل في بيت المستأجر) على ما في الهداية والتجريد * وفي المبسوط والذخيرة وقاضيخان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية * اذا خاط البعض في بيت المستأجر يجب الاجر له بحسابه كما اذا سرق الثوب في بيت المستأجر يستحق الاجر بحسابه * واستشهد في الاصل بما لو استأجر انسانا ليبني له حائطا فبنى بعضه ثم انهدم فله اجر ما بنى * وفي التنوير * ثوب خاطه الخياط باجر ففتقه رجل قبل ان يقبضه رب الثوب فلا اجر له ولا يجبر على الاعادة وان كان الخياط هو الفاتق للثوب فعليه الاعادة كانه لم يعمل * (والخباز) طلب الاجر (بعد اخراج الخبز) من التنور لان تمام العمل بالاخراج * وفي اطلاقه اشارة الى انه يستحق الاجر بالاخراج البعض بقدره لان العمل في ذلك القدر صار مسلما الى صاحب الدقيق (فان احترق) الخبز (قبل الاخراج) من التنور (سقط الاجر) سواء كان في بيت المستأجر او في بيت الاجير لانه هلك قبل التسليم فعليه الضمان في قول اصحابنا جميعا * لان هذا جناية يده بتقصيره في القلع من التنور * فان ضمنه قيمته مخبوزا اعطاه الاجر وان ضمنه دقيقا لم يكن له اجر * كما في الغاية وغيرها * وبهذا ظهر لك ان قول الوقاية * فاذا احترق بعد ما اخرجه فله الاجر وقبله لا ولا غرم فيهما * وقول صدر الشريعة * اي في الاحتراق قبل الاخراج وبعد الاخراج * غير موافق للمنقول عن الائمة الفحول * كما في الدرر * لكن يمكن التوفيق بين كلام صاحب الوقاية وصاحب الغاية بان المراد بالاحتراق في الوقاية ما لا يكون بصنعه وفي الغاية ما يكون بصنعه كما يدل عليه قوله * بالاجماع واما ما قيل من انه لا ضمان في الفصلين على الخباز لان الجناية غير واقعة منه فيهما * هذا على ظاهر الرواية عن الامام كما قيل في الهداية * لانه لم يوجد منه الجناية * فصاحب الوقاية اختاره صاحب الهداية * فليس بسديد لان قول صاحب الهداية * لا ضمان عليه متعلق بقوله * فان اخرجه ثم احترق من غير فعله * فقط * لا فيما اذا احترق قبله * تتبع وعن هذا قال (وان) احترق من غير فعله (بعده) اي بعد الاخراج (فلا) يسقط (ان) كان يخبز (في بيت المستأجر) لانه بمجرد الاخراج صار مسلما اليه في منزل المستأجر فاستحق الاجر بوضعه فيه * وفيه اشارة بان من كان يخبز في منزل نفسه لا يستحق الاجر بالاخراج بل بالتسليم الحقيقي (ولا ضمان) فيهما عند الامام (و قالا ان شاء المستأجر ضمنه مثل دقيقه ولا اجر وان شاء ضمنه الخبز وله اجر) ولا يجب عليه ضمان الحطب والملح * وفي النهاية * هذا الذي ذكر من الاختلاف اختيار القدوري * واما عند غيره فهو مجرى على عمومه فانه لا ضمان بالاتفاق * اما عند الامام فلانه لم يهلك من عمله واما عندهما فلانه هلك بعد التسليم * وقال القدوري يضمن عندهما مثل دقيقه لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم * (والطباخ للوليمة) طلب الاجر (بعد الغرف) اي بعد وضع الطعام في القصاع اعتبارا للعرف * وانما قيد للوليمة لانه لو كان لاهل بيته فلا غرف عليه * كما في الجوهرة فان افسده الطباخ او احرقه او لم ينضجه فهو ضامن للطعام * واذ دخل الخباز او الطباخ بنار ليخبز بها او يطبخ بها فوقعت منه شرارة فاحترق بها البيت فلا ضمان عليه (ولضارب اللبن) على وزن الكلم

اى للذى يتخذ اللبن من الطين طلب الاجرة (بعد اقامته) اى اقامة اللبن من محله عند الامام حتى لو فسد بالمطر قبلها فلا اجر له (وقالا بعد تشريجه) وهو جعل بعض على بعض حتى لو فسد بعد الاقامة قبل النقل فلا اجر له اذ لا يؤمن الفساد قبله * وله ان الفراغ هو الاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الى موضع العمارة بخلاف ماقبل الاقامة لانه طين منتشر * هذا اذا لبن فى ارض المستأجر * وان لبن فى ارض نفسه لا يستحق حتى يسلمه * وذلك بالعد بعد الاقامة عنده * وعندهما بالعد بعد التشريج * قيل الفتوى على قولهما * والعرف فى ديارنا على ماقاله الامام (ومن) كان (لعمله ٢ اثر فى العين كصباغ) يظهر لونا فى الثوب (وقصار يقصر بالنشاء والبيض) هذا فى ديار الشام ليظهر البياض المستور * وكذا حكم قصار يقصر بالماء الصافى كما فى ديارنا * كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ (فله) اى للمستأجر (حبسها) اى العين (للاجر) لاجل الاجرة حتى يستوفيها * وقال زفر ليس له ذلك لان المعقود عليه صار مسلما الى صاحب العين باتصاله بملكه فيسقط حق الحبس به * ولنا ان اتصال العمل بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن راضيا بهذا الاتصال من حيث انه تسليم بل رضاء فى تحقيق عمل الصبغ ونحوه من الاثر فى المحل اذ لا وجود للعمل الا به وكان مضطرا اليه والرضى لا يثبت مع الاضطرار هذا اذا كان حالا اما اذا كان مؤجلا فلا يملك حبسها * وفى الخلاصة * هذا اذا عمل فى دكانه واما اذا عمل فى بيت المستأجر فليس له حق الحبس (فان حبسها) للاجر (فضاعت) العين بلا تعد منه (فلا ضمان) عليه لكونه امانة فى يده كما كان قبل الحبس (ولا اجر له) اذ هلك المعقود له عليه قبل التسليم * هذا عند الامام (وقالا ان شاء المالك ضمنه مصبوغا وله الاجر) لان العمل صار مسلما اليه تقديرا لوصول قيمته اليه فصار كما لو صار مسلما حقيقة (او غير مصبوغ ولا اجر) لان العمل لم يصر مسلما اليه (ومن لا اثر لعمله فيها) اى فى العين (٣ كالحمال والملاح وغاسل الثوب ليس له) اى للعامل (حبسها) اى العين لان المعقود عليه نفس العمل وهو عرض ولا له اثر يقوم مقامها فلا يتصور حبسه ولو حبسها ضمن ضمان الغصب وصاحبها بالخيار ان شاء ضمن المستأجر ٤ قيمتها محمولة وله الاجر وان شاء غير محمولة ولا اجر (بخلاف راد الآبق) فانه يحبسه على الجعل وان لم يكن لعمله اثر لانه كان على شرف الزوال والهلاك فاحياه بالرد فكانه باعه فكان له حق الحبس (واذا اطلق) المستأجر (العمل للصانع) ولم يقيد بعمله (فله ان يستعمل غيره) كما اذا امر ان يخيط هذا الثوب بدرهم فاللازم عليه العمل سواء اوفاه بنفسه او باستعانة غيره كالمأمور بقضاء الدين * وقوله على ان يعمل اطلاق لا تقييد فله ان يستأجر غيره (وان قيد بعمله بنفسه) بان قال خطه بيدك (فلا) اى فليس له ان يستعمل غيره ولو غلامه او اجيره لان عمله يكون هو المعقود عليه والا فيضمن (ومن استأجر رجلا ليجئ بعياله) من موضع (فوجد بعضهم) اى بعض العيال (قدمات فاتى بمن بقى) من العيال (فله) اى للاجير (اجره بحسابه) * لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق الاجر بحسابه * قال الفقيه ابو جعفر الهندوانى * هذا اذا كان عياله معلومين حتى يكون الاجر مقابلا بجملتهم وان كانوا غير معلومين يجب الاجر كله * كما فى التبيين فعلى هذا لو قيد

٢ اختلفوا فى المراد من الاثر فقيل كل صانع لعمله اثر فى العين هو غير مملوكة للعامل الذى يتصل بمحل العين كالصبغ والبناء * وقيل ان يرى ويعاين فى محل العمل * منه

٣ والحمال بالحاء من الحمل وبالجيم هو مكار الجمل * منه

٤ قوله قيمتها اى قيمة العين ان كانت قيمية او مثلها ان كانت مثلية * منه

المصنف بقوله لو كانوا معلومين والا فكله لكان اولى وفى الخلاصة فان لم يكونوا معلومين فالاجارة فاسدة (وان استوجر لايصال طعام الى زيد فوجده ميتا) او لم يجده (فرده) اى الطعام (فلا اجر له) لانه نقض المعقود عليه وهو حمل الطعام وايصاله اليه * وقال زفر له الاجر لانه بمقابلة الحمل الى البصرة وقد اوفى به وجنى فى رده فلا يسقط بجنايته حقه من اجرته (وكذا لو استأجر لايصال كتاب اليه) اى الى زيد (فرده) اى الكتاب (لموته) اى زيد او غيبته فلا شئ له عند الشيخين (وقال محمد له اجر ذهابه هنا) اى له الاجر للذهاب فى نقل الكتاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة لان الاجر مقابل لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته * ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما فى الكتاب لكن الحكم متعلق به وقد نقضه فسقط الاجر هذا موافق لما فى الهداية وشروحها ومخالف لما فى المجمع وشرحه حيث صرح بان ابى يوسف مع محمد لا مع الامام * لكن يمكن الحمل على اختلاف الروايتين (ولو تركه) اى الكتاب (هناك) للورثة * وكذا اذا دفع الى وصيه (فله اجر الذهاب اجماعا) لانه اتى باقصى ما فى وسعه * هذا اذا شرط المجئ والا وجب كل الاجرة لو ترك الكتاب ثمة * كما فى القهستانى * وفيه اشارة الى انه لو وجده ولم يوصله اليه لم يجب له شئ من الاجر لانتفاء المعقود عليه وهو الايصال

باب ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز

لما فرغ ذكر الاجارة وشروطها ووقت استحقاق الاجر ذكر هنا ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز (وصح استئجار الدار والحانوت وان) وصلية (لم يذكر ما يعمل فيه) اى فى كل واحد منهما استحسانا لان العمل المتعارف فى كل واحد منهما السكنى فينصرف العقد المطلق اليه * والقياس ان لا يجوز للجهالة كالارض والثياب فانهما يختلفان باختلاف العامل والعمل فلا بد من البيان (وله) اى المستأجر (ان يعمل كل شئ) من العمل لانها لا تختلف باختلاف المستعمل * فله الوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب المعتاد والاستنجاء بحائطه والدق المعتاد اليسير وان يدق فيه وتد او يربط الدواب فى موضع معتاد له ويسكنها من احب سواء كان باجارة او غيرها وليس للاجير ان يدخل دابته الدار المستأجرة بعد ما سكن المستأجر * وفيه اشارة الى انه لو قال عند العقد استأجرت هذه الدار للسكنى ليس له ان يعمل فيها غير السكنى * كما فى القهستانى (سوى ما يوهن البناء كالحدادة والقصارة والطحن) من غير رضى المالك او اشتراطه ذلك فى عقد الاجارة لان هذه الاشياء توهن البناء * والمراد رحى الثور والماء لا رحى اليد فانه لا يمنع من النصب فيه * ولو انهدم البناء * بهذه الاشياء وجب عليه الضمان لانه متعد فيها ولا اجر عليه لان الضمان والاجر لا يجتمعان وان لم ينهدم وجب عليه الاجر استحسانا * والقياس ان لا يجب * ولو اختلفا فى اشتراط ذلك كان القول للموجر لانه لو انكر الاجارة كان القول له فكذا اذا انكر نوعا من الانتفاع ولو قاما البينة فكانت بينة المستأجر اولى لانها تثبت الزيادة (و) صح (استئجار الارض للزرع ان بين) المستأجر (ما يزرع) لجريان العادة باستئجارها للزراعة من غير نكير فانعقد الاجماع عليها غير ان ما يزرع فيها يتفاوت فلا بد

من بيانه (اوقال على ان يزرع) فيها (ماشاء) كيلا يفضى الى المنازعة ولو لم يبين ما يزرع فيها اولم يقل على ان يزرع فيها مايشاء فسدت الاجارة للجهالة * واوزرعها بعد ذلك لاتعود صحيحة فى القياس كما اذا اشترى بخمر اوخنزير * وفى الاستحسان يجب المسمى وينقلب العقد صحيحا اوللمستأجر الشرب والطريق بخلاف البيع * وفى القنية * استأجر ارضا سنة على ان يزرع فيها ماشاء فله ان يزرع زرعين ربيعيا وخريفيا * وفى التنوير آجرها وهى مشغولة بزرع غيره ان كان الزرع بحق لا تجوز مالم يستحصد الا ان يوجرها مضافة الى المستقبل وان بغير حق صحت * (و) صح استئجار الارض (للبناء والغرس) اى غرس الاشجار لان كل واحد منهما منفع مقصود بالاجارة (واذا انقضت المدة) اى مدة الاجارة طويلة كانت اوغير طويلة (لزمه) اى المستأجر (ان يقلعهما) اى البناء والغرس (ويسلمها) اى الارض حال كونها (فارغة) عنهما لانه ليس لهما نهاية معلومة حتى يتركا اليها وفى تركهما على الدوام ضرر لصاحب الارض سواء كان باجر او بغيره فوجب القلع * وفى القنية * استأجرا رضا وقفا وغرس فيها اوبنى ثم مضت مدة الاجارة فللمستأجر ان يستبقيها باجر المثل ان لم يكن فى ذلك ضرر * ولو ابى الموقوف عليهم القلع ليس لهم ذلك * اه * وفى البحر * وبهذا تعلم مسئلة الارض المحتكرة * (الا ان يغرم) للمستأجر (الموجر) وهو صاحب الارض (قيمة ذلك) اى البناء والغرس (مقلوعا) لان فى ذلك نظرا لهما (برضى صاحبه) اى صاحب البنا او الغرس ان لم تنقص الارض بالقلع (وان كانت الارض تنقص بقلعه) اى البناء او الغرس (فبدون رضاه) اى يغرم الموجر قيمته مقلوعا ويتملكه بدون رضى صاحبه (ايضا) اى كما يغرم برضاه ان كانت تنقص بقلعه * ومعرفة قيمة ذلك ان يقوم الارض بدون البناء والشجر ويقوم وفيها بناء وشجر * ولصاحب الارض ان يقلعه فيضمن فضل ما بينهما (او يرضيا) عطف على ان يغرم اى الا ان يرضى الموجر والمستأجر * لكن رضى الموجر يكفى فلا حاجة الى رضى المستأجر لما قالوا فى تعليله لان الحق له فاذا رضى باستمراره على ما كان باجر او بغير اجر كان له ذلك تأمل (بتركه) اى بترك كل واحد من البناء والغرس على الارض (فيكون البناء والغرس لهذا) اى المستأجر (والارض لهذا) اى للموجر الذى هو صاحب الارض (والرطبة) فى الارض المستأجرة وكذا الكراث ونحوهما (كالشجر) فى القلع اذا انقضت المدة اذ ليس لانتهائهما مدة معلومة (والزرع يترك على الارض (باجر المثل الى ان يدرك) لان له نهاية معلومة فيوجد فى التأخير مراعاة لحقين * بخلاف موت احدهما قبل ادراكه فانه يترك بالمسمى على حاله الى الحصاد وان انفسخت الاجارة لان ابقاءه على ما كان عليه اولى مادامت المدة باقية * ويلحق بالمستأجر المستعير فيترك الى ادراكه باجرة المثل * كما فى المنح * واما الغاصب فيؤمر بالقلع مطلقا (و) صح (استئجار الدابة للركوب والحمل و) استئجار (الثوب للبس) لجريان العادة بذلك (فان ه اطلق الموجر للمستأجر الركوب او اللبس بمعنى ان يقول على ان يركبها من شاء ويلبس الثوب من شاء (فله) اى للمستأجر (ان يركب) من شاء (ويلبس من شاء) لانه يختلف باختلاف الراكب واللابس فلا يجوز الا بالتعين

ه والمراد بالاطلاق التعميم بان يأتى بلفظ دال على العموم من غير تقييد * لا الاطلاق المصطلح عند الاصوليين * فلو قال على ان تركب من شئت اوتلبس من شئت صح العقد * ولو استأجرها للركوب مطلقا ولم يسم من ركبه لايصح الاجارة * والفرق ان فى الثانية صار المركوب شخصين كالجنس فيكون المعقود عليه مجهولا فلا يصح وفى الاولى رضى المالك بالقدر الذى يحصل فى ضمن الركوب فصار المعقود عليه معلوما * منه

اوبان يشترط ان يفعل ماشاء وفي التبيين * واولم يبين ولم يقل ان يفعل فيهاماشاء فسدت الاجارة للجهالة * (فاذاركب) الدابة (اولبس) الثوب (هو) اى المستأجر نفسه (اواركب) المستأجر الدابة (اوالبس) الثوب (غيره تعين) مرادامن الاصل (فلا يستعمله غيره) فصار كالنص عليه ابتداء * وفي البحر * واذا تكارى قوم مشاة ابلا على ان المكار يحمل عليه من مرض منهم اومن عين منهم فهو فاسد * (وان قيد) الموجر (براكب) معين (اولابس) معين (فخالف ضمن) اى المستأجر اذاهلكت الدابة او الثوب لان الناس يتفاوتون في العلم بالركوب واللبس ولا اجر عليه وان سلم لانه مع الضمان ممتنع (وكذا كل مايختلف باختلاف المستعمل) في كونه يضمن اذا هلك مع المخالفة والتقييد (ومالا يختلف به) اى باختلاف المستعمل (فتقييده) اى تقييد الموجر بشخص معين (هدر فلو شرط) الموجر (سكنى واحد) بعينه في اجارة الدار (جاز) للمستأجر (ان يسكن غيره) لان الشرط ليس بمفيد لعدم التفاوت في السكنى * ومايضر بالبناء كالحدادة والقصارة فهو خارج بدلالة العادة * والفسطاط كالدار عند محمد وعند ابي يوسف هو كاللبس لاختلاف الناس في ضربه ونصب اوتاده واختيار مكانه (وان سمى مايحمل على الدابة نوعا وقدرا ككر بر) يحمله على الدابة التي استأجرها (فله) اى المستأجر (حمل مثله او) ما (اخف) منه في الضرر (كالشعير والسمسم لا) اى ليس له ان يحمل عليها (ماهو اضر منه كالملح) لان الاصل ان من استحق منفعة مقدرة بالعقد فاستوفى اكثر منها لم يجز * فله ان يحمل كر حنطة لغيره لو استأجرها يحمل كر حنطة لانه مثله وله حمل كر شعير لانه دونه * والقياس ان يضمنه بالحمل عليها خلاف الجنس كيف ماكان للمخالفة * وجه الاستحسان ان التقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا ولا فائدة هنا * وفيه اشارة بان سمى مقدارا من الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير او القطن يضمن لانه يأخذ من ظهر الدابة اكثر البر * كما في شرح الكنز * لكن ذكر في الذخيرة في هذا ايضا عدم الضمان * وقال شيخ الاسلام انه لايضمن استحسانا وهو الاصح لان ضرر الشعير او القطن مثل ضرر الحنطة في حق الدابة عند استوائهما وزنا وبه يفتي الصدر الشهيد * كما في النهاية (وان سمى قدرا من القطن فليس له ان يحمل مثل وزنه حديدا) لانه يجتمع في مكان واحد من ظهرها فيضرها اكثر (وان زاد على ماسمى فعطبت) الدابة (ضمن قدر الزيادة ان كان تطيق ماحملها) لانها عطبت بماهو مأذون فيه وغير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما حتى لو كان المأذون مائة من وزاد عليه عشرين منا يضمن سدس الدابة واشار بالزياد الى انها من جنس المسمى فلو حمل جنسا آخر غير المسمى وجب جميع القيمة والى انه حمل الزيادة مع المسمى معا فلو حمل المسمى وحده ثم حمل الزيادة وحدها فهلكت ضمن جميع القيمة * كما في البحر (والا) اى وان لم تطق ماحملها (فكل القيمة) لعدم الاذن فيه * هذا اذا حملها المستأجر * اما اذا حملها صاحبها بيده فلا ضمان على التأجر * وان حملا معا وجب النصف على المستأجر * ولو حمل كل واحد جوالقا وحده لاضمان على المستأجر ويجعل حمل المستأجر ماكان مستحقا بالعقد ولم يتعرض المصنف للاجر اذاهلكت وفي العناية * ان عليه الكراء لايقال كيف اجتمع الاجر

والضمان لانا نقول الاجر في مقابلة الحمل المسمى والضمان في مقابلة الزائد* وفي البحر ولم يتعرض للاجر اذا سلمت ولم اره صريحا والقواعد تقتضي ان يجب المسمى فقط* اما اذا حمله الجمال بنفسه وحده فلا كلام واما اذا حمله المستأجر زائدا على المسمى فمنافع الغصب لا تضمن عندنا* ومن هنا يعلم حكم المكارى في طريق مكة وان كان لا تحمل المستأجر الزيادة على المسمى الا برضى صاحب الدابة* ولهذا قالوا ينبغي ان يرى المكارى جميع ما يحمله اه (وفي الارداف يضمن النصف) اي المستأجر اذا استأجر الدابة ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت يضمن المستأجر نصف قيمتها (ولا عبرة بالثقل) لان ركوب العالم بالفروسية لا يضر وان ثقل وركوب غير العالم اضر وان خف* هذا اذا كانت الدابة تطيق حمل الاثنين وان لم تطق حملهما يضمن كل القيمة وقالوا هذا اذا كان الرديف يستمسك بنفسه وان كان صغيراً لا يستمسك يضمن بقدر ثقله* وقيد بالارداف لانه اذا حمله على عاتقه فانه يضمن جميع القيمة* ثم للمالك الخيار ان شاء ضمن الرديف وان شاء ضمن الراكب قالوا الراكب لا يرجع بما ضمن والرديف يرجع ان كان مستأجرا والا فلا* كما في التبيين وغيره (وان كبحها) اي الدابة من كبحت الدابة بلجامها اذا ردها وهو ان يجذبها الى نفسه لتقف ولا تجرى (او ضربها فعطبت) اي هلكت (ضمن) عند الامام لانه فعل غير ماذون فيه (خلافا لهما) اي لا يضمن عندهما وعند الائمة الثلاثة (فيما هو معتاد) لان الضرب في السير معتاد فكان مأذونا فيه بخلاف غير المعتاد وفي العناية ان ضربه للدابة يكون تعديا موجبا للضمان قيد بالكبح لان بالسوق لا يضمن اتفاقا (وان تجاوزبها) اي بالدابة (مكانا سماه) فعطبت (ضمن) قيمتها لانه صار غاصبا (ولا يبرأ) عن الضمان (بردها) اي الدابة (الى ما سماه) اي الى مكان سماه (وان) وصلية (استأجرها ذهابا وايابا في الاصح) وقال زفر لا يضمن لانه لما عاد الى الوفاق برئ عن الضمان كالمودع* ولنا ان يد المستأجر ليست يد المالك ولا بد من الرد اليه بعد التعدى وبالعود لا يكون رادا لها اليه بخلاف المودع فان يده يد المالك في الحفظ فاذا عاد المودع الى الوفاق عاد الى يد المالك حكما* فقوله في الاصح احترازعما قيل انما يضمن اذا استأجرذاهبا فقط لا جائيا لان الاجارة انتهت الى ذلك الموضع فيضمن بالتجاوز عنه* قال صاحب الهداية* الاطلاق اصح وقال صاحب الكافي* التقييد اصح* (وان نزع سرج الحمار) الذى اكتراه بسرج (واسرجه بما يسرج به مثله) فهلكت (لا يضمن) اتفاقا* لانه اذا كان مماثل الاول تناوله اذن المالك اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة كما في الهداية (وان اسرجه او اوكفه بما لا يسرج) متعلق بقوله اسرجه (او) بما (لا يوكف به) متعلق بقوله او كفه (مثله) فهلكت (ضمن) جميع قيمته لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا (وكذا ان اوكفه بما يوكف به مثله) عند الامام لان الاكاف يستعمل بغير ما يستعمل له السرج وهو الحمل واثره يخالف ايضا لانه لا ينبسط السرج انبساط فكان في حق الدابة خلافا الى جنس غير المسمى فلم يصر مستويا شيأ من المسمى فيضمن الكل* قيد بكونه لا يسرج مثله لانه* اذا استأجرها باكاف فاوكفها باكاف مثله او اسرجها مكان الاكاف لا يضمن* كما في الخلاصة وفي البحر* لو استأجر

مريانه فاسرجها وركبها ضمن * قال مشايخنا اذا استأجرها من بلد الى بلد لا يضمن وان استأجرها
ليركبها في المصر ان كان المستكرى من الاشرف لا يضمن * ثم قال * وفي الكافي الضمان مطلقا
من غير تفصيل المشايخ وكان هو المذهب لانه ظاهر الرواية كما لا يخفى * اه * (وقالا يضمن
قدر مازاد وزنه على السرج فقط) حتى لو كان وزن الاكاف ضعف وزن السرج ضمن نصف
قيمتها لانعدام الاذن في قدر الزيادة والجواب قدمر آنفا * وفي العناية * لم يبين مقدار المضمون
اتباعا لرواية الجامع الصغير لانه لم يذكر فيه انه ضامن بجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن وذكر
في الاجارات يضمن بقدر مازاد * فمن المشايخ من قال ليس في المسئلة روايتان وانما هى محمول
على المفسر * ومنهم من قال فيها روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر مازاد وفي رواية الجامع
الصغير يضمن جميع القيمة * قال شيخ الاسلام * وهذا اصح * وتكلموا في معنى قول ابي يوسف ومحمد
* يضمن بحسابه * وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة * فمنهم من قال المراد المساحة حتى اذا كان
السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر اربعة اشبار يضمن نصف قيمتها * ومنهم من
قال معناه بحسابه في الثقل والخفة حتى اذا كان وزن السرج منوين والاكاف ستة امناء يضمن ثلثى
قيمتها (وان سلك الحمال طريقا غير ماعينه المالك مما يسلكه الناس فلا ضمان عليه) اى على الحمال (ان لم
يتفاوت الطريقان) لان التقييد غير مفيد عند عدم التفاوت (وان تفاوتا) اى الطريقان بان كان
المسلوك اعسر او ابعد او اخوف من الطريق الآخر (او كان) الطريق المسلوك مما (لا
يسلكه الناس) * وان لم يكن بين الطريقين تفاوت * كما في شرح الوقاية لابن شيخ وغيره * فعلى
هذا ظهر لك عدم فهم من قال من انه * لا حاجة اليه لان تفاوت الطريقين يغني عنه ويمكن دفعه
بالتكلف * اه * لانه لا بد من ذكر هذه المسئلة لانها مستقلة تتبع «قيد بالتعيين لانه لو لم يعين لا ضمان»
وفي الخلاصة «الحمال اذا نزل في مفازة وتهياله الانتقال فلم ينتقل حتى فسد المتاع بمطر او سرقة
فهو ضامن اذا كانت السرقة والمطر غالبا * (او حمله) اى حمل الحمال المتاع ((في البحر) اذا قيد
بالبر (فتلف) المتاع في هذه الصور (ضمن) الحمال لصحة التقييد * اما اذا تفاوتا او لا يسلكه
الناس فظاهر واما اذا حمله في البحر فلخطر البحر ولندرة السلامة «اطلقه فشمل ماذا كان مما يسلك
الناس او لا * وقيدنا بكونه قيد بالبر لانه لو لم يقيد به لا ضمان * كما في البحر (وان بلغ) * قال الاتقاني
السماع بلغ بالتشديد اى ان بلغ الحمال المتاع ذلك الموضع الذى اشترط «ويجوز بالتخفيف على اسناد
الفعل الى المتاع اى اذا بلغ الى ذلك الموضع» كما في البحر (فله الاجر) اى للحمال لحصول المقصود
وارتفاع الخلاف معنى «فلا يلزم اجتماع الاجر والضمان لانهما في حالتين» كما في شرح الكنز
للعيني (وان عين زرع بر فزرع رطبة) اى من استأجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة
(ضمن مانقصت الارض) لان الرطاب اكثر ضررا بالارض من البر لانتشار عروقها وكثرة
الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر مع اختلاف الجنس فيجب عليه جميع النقصان (ولا اجر
عليه) لانه لما خالف صار غاصبا فاستوفى المنفعة بالغصب فلا يجب الاجر به «قال العينى» وان
زرع ماهو اقل ضررا من البر لا يجب عليه الضمان ويجب عليه الاجر لانه خلاف الى خير فلا

(يصير)

يصير به غاصبا * وفي المنح * ماذكر ههنا من عدم وجوب الاجر ووجوب مانقص من الارض هو مذهب المتقدمين من المشايخ * واما مذهب المتأخرين فيجب اجر المثل على الغاصب اذا كانت الارض للوقف اوليتيم اواعدها صاحبها للاستغلال كالخان ونحوه * (وان امر بخياطة الثوب قيصا فخاطه قباء خير المالك بين تضمينه قيمته) اى الثوب (وبين اخذ القباء ودفع اجر مثله) لانه لما كان يشبه القميص من وجه لان الاتراك يستعملونه استعمال القميص كان موافقا من وجه مخالفا من وجه فان شاء مال الى جانب الوفاق واخذ الثوب وان شاء مال الى جانب الخلاف وضمنه القيمة * وانما وجب اجر المثل دون المسمى لان صاحبه انما رضى بالمسمى عند حصول المقصود من كل وجه ولم يحصل (لا يزاد على ماسمى) كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة * وفي البحر * اطلقه فشمل ما اذا كان يستعمل استعمال القميص وما اذا شقه وجعله قباء خلافا للاسبيجابي في الثاني حيث اوجب فيه الضمان من غير خيار وعن الامام انه لاخيار لرب الثوب في الكل بل يضمنه قيمة الثوب * (وكذا) خير المالك (لو امر بقباء فخاطه سراويل في الاصح) للاتحاد في اصل المنفعة وصار كمن امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير فكذا ههنا (وقيل يضمنه هنا بلا خيار) للتفاوت في المنفعة

باب الاجارة الفاسدة

وجه التأخير عن الصحيحة ظاهر (يجب فيها) اى في الاجارة الفاسدة (اجر المثل لا يزاد على المسمى) المعلوم عندنا * وعند زفر والائمة الثلاثة يجب الاجر بالغا مابلغ اعتبارا ببيع الاعيان * ولنا ان المنافع غير متقومة بنفسها بل بالعقد ضرورة لحاجة الناس وقد اسقط المتعاقدان بالتسمية الزيادة فيه واذا نقص اجر المثل لا يجب زيادة المسمى لفساد التسمية * بخلاف البيع لان تقوم الاعيان ليس بضرورى * فالحاصل ان المسمى ان كان مساويا لاجر المثل اوزاد عليه فاجر المثل وان كان اقل منه فالمسمى * كما في القهستاني * هذا اذا لم يكن الفساد لجهالة المسمى اولعدم التسمية فان كان لجهالة المسمى اولعدم التسمية يجب اجر مثله بالغا مابلغ * وكذا كان بعضه معلوما وبعضه غير معلوم مثل ان يسمى دابة اوثوبا اويستأجر الدار اوالحمام على اجرة معلومة بشرط ان يعمرها او يرمها * وقالوا اذا استأجر دارا على ان لا يسكنها المستأجر فسدت الاجارة ويجب عليه اجر المثل بالغا مابلغ ان سكنها (ومن استأجر دارا كل شهر بكذا صح العقد في شهر) واحد (فقط) وفسد في الباقي * لان كلمة كل للعموم وقد تعذر العمل بها لان الشهور لانهاية لها والواحد معين فيصح فيه واذا تم الشهر كان لكل منهما فسخ الاجارة لانتهاء العقد الصحيح من غير محضر صاحبه على قول ابي يوسف وبمحضره على قولهما وقيل لا يفسخ الا بمحضر صاحبه بالاتفاق (الا ان يسمى جملة الشهور) اى الا ان يعين كل الاشهر بان يقول آجرتها عشرة اشهر كل شهر بدرهم مثلا لانه حينئذ تعلم المدة فيصح العقد فيها بالاجماع (وكل شهر سكن) المستأجر (منه) اى من الشهر (ساعة صح فيه) اى في ذلك الشهر الذى سكن ساعة لحصول رضائهما بذلك (وسقط حق الفسخ) اى لا يكون للموجر اخراجه الى ان ينقضى ذلك الشهر الا بعذر لانه تم العقد بالتراضيهما في اوله وهذا هو القياس وقد مال اليه بعض المتأخرين (وظاهر الرواية

بقاؤه) اى بقاء حق الفسخ (فى الليلة الاولى ويومها) اى لكل واحد منهما الخيار فى الليلة الاولى من الشهر الداخل ويومها * وبه يفتى كما فى اكثر المعتبرات * لان ذلك رأس الشهر وفى اعتبار اول الشهر نوع حرج لتعذر اجتماع المتعاقدين فى ساعة رؤية الهلال * ولو فسخ فى اثناء الشهر لم ينفسخ وقيل ينفسخ اذا خرج الشهر * ولو قال فى اثناء الشهر فسخت رأس الشهر ينفسخ اذا اهل الشهر بلاشبهة * ولو قدم اجرة شهرين او ثلاثة وقبض الاجرة لايكون لواحد منهما الفسخ فيما عجل (وان آجرها) اى الدار (سنة بكذا صح وان) وصلية (لم يبين تسقط كل شهر) لان المنفعة صارت معلومة ببيان المدة والاجرة معلومة فتصح وتقسم الاجرة على الاشهر على السواء ولا يعتبر تفاوت الاسعار باختلاف الزمان (وابتداء المدة) اى مدة الاجارة (ماسمى) اى وقعت التسمية بان يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلا (والا) اى ان لم يقع تسميته (فوقعت العقد) هو المعير فى ابتداء المدة لان الاوقات كلها سواء فى حكم الاجارة وفى مثله يتعين الزمان الذى يلى العقد كالاجل واليمين ان لا يتكلم فلانا شهرا * هذا اذا كان العقد مطلقا من غير تعيين المدة وان بين المدة تعين ذلك وهو ظاهر (فان كان) عقد الاجارة (حين يهل) على صيغة المفعول بمعنى يبصر الهلال * والمراد من الحين اليوم الاول من الشهر دون ليله كما فى اليمين (تعتبر) السنة كلها (بالاهلة) لانها هى الاصل فى الشهور قال الله تعالى *يسئلونك عن الاهلة قل هى مواقيت للناس* (والا) اى وان لم يكن العقد حين يهل الهلال بل كان بعد مامضى من الشهر (فبالايام) اى فتعتبر الايام فى الشهور بالعدد * وهو ان يعتبر كل شهر ثلاثون يوما * هذا عند الامام لانه لما تعذر اعتبار الشهر الاول بالاهلة تعذر اعتبار الثانى والثالث ايضا * لان الشهر الاول لما وجب تكميله من الثانى لكونه متصلا به انقص الثانى ايضا فوجب تكميله من الثالث وهذا الى آخر المدة (وعند محمد الاول) اى الشهر الاول (بالايام ٦ والباقى بالاهلة) لان الاصل فى الشهور اعتبارها بالاهلة عند الامكان وقد امكن ذلك فى الشهور المتخللة وتعذر بالاول فيكمل بالايام الشهر الاخر (وابو يوسف معه) اى مع محمد (فى رواية ومع الامام فى اخرى وكذا العدة)* فان الايقاع اذا كان حين يهل الهلال تعتبر شهور العدة بالاهلة * وهذا بلا خلاف * واذا كان فى اثناء الشهر ففى حق تفريق الطلاق يعتبر بالايام اتفاقا * وكذا فى حق انقضاء العدة عنده * واما عندهما فيعتبر شهر واحد بالايام وشهران بالاهلة * وذكر فى النهاية ان العدة فى هذه الصورة تعتبر بالايام اتفاقا * كما فى القهستانى (ويجوز اخذ الحمامى (اجرة الحمام) للتوارث والتعارف قال عليه السلام ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن فلا تعتبر جهالة المنفعة فى مثل هذا * ومن العلماء من كره الحمام لانه شربيت باشارة النبى * وكره بعضهم اتخاذه للنساء لانه قلما يخلو اجتماعهن عن فتنة * والصحيح انه لابأس باتخاذه للرجال والنساء جميعا للضرورة كما فى اكثر المعتبرات (و) يجوز اخذ (الحجام) اجرته لما روى * انه عليه السلام احتجم واعطى اجرته * فكان قوله عليه السلام * ان من حرام السحت كسب الحجام * منسوخا بما روى (لا) يجوز (اخذ اجرة ٧ عسب التيس) هو ان يواجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه السلام * ان من

(السحت)

---

٦ قيل ان آخر فى عاشر ذى الحجة فان تم ذو الحجة على ثلاثين يوما فالسنة تتم على الحادى عشر من ذى الحجة فيلزم حينئذ ان يتكرر عليه الا ضحى فى سنة واحدة كما فى شرح الوقاية *واجاب عنه بعض الفضلاء بان قال نعم لكن فى السنة التى قدر بها مدة الاجارة لا فى السنة المعروفة فالمحذور غير لازم اه لكن الجواب اللازم الحق انه امر ضرورى عند الحاجة تدبر * منه

٧ وفى القهستانى ولا لعسب التيس بفتح العين وسكون المهملتين اى نزو الذكر على الانثى واعطاء الكراء على النزو لانه حرام بالسنة والعسب ضراب الفحل واعطاء الكراء عليه *والتيس فى الاصل الذكر من الظباء والمعز والوعول كما فى القاموس * منه

السحت عسب التيس* يعني اخذ اجرة عسب التيس على حذف المضاف و المضاف اليه لان حقيقة العسب ليس بمكروه لانه سبب لبقاء النسل ولان الاستئجار للاحبال والانزاء وهو امر موهوم غير معلوم (ولا) يجوز اخذ الاجرة عند المتقدمين (على الطاعات) وفي شرح الوافي *والمذهب عندنا ان كل طاعة يختص بها المسلم فالاستئجار عليها باطل* (كالاذان والحج والامامة) والتذكير والتدريس والغزو (وتعليم القرآن والفقه) وقراءتهما لان القربة تقع على العامل ولقوله عليه السلام اقرؤا القرآن (اى علموا) ولا تأكلوا به بخلاف بناء المساجد واداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه وتعليم الكتابة والنجوم والطب والتعبير والعلوم الادبية * فان اخذ الاجرة في الجميع جائز بالاتفاق* وقال الشافعي يجوز في كل ما لا يتعين على الاجير * وعند مالك يجوز على الامامة اذا جمعها مع الاذان (او المعاصي) اى لا يجوز اخذ الاجرة على المعاصي (كالغناء والنوح والملاهي) لان المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد فلا يجب عليه الاجر وان اعطاه الاجر وقبضه لا يحل له ويجب عليه رده على صاحبه* وفي المحيط* اذا اخذ المال من غير شرط يباح له لانه عن طوع من غير عقد* وفي شرح الكافي* لا يجوز الاجارة على شئ من الغناء والنوح والمزامير والطبل او شئ من اللهو ولا على قراءة الشعر ولا اجر في ذلك* وفي الولوالجي* رجل استأجر رجلا ليضرب له الطبل ان كان للهو لا يجوز وان كان للغزو او القافلة او العرس يجوز لانه طاعة * (ويفتى اليوم بالجواز) اى بجواز اخذ الاجرة (على الامامة وتعليم القرآن والفقه) الاذان كما في عامة المعتبرات * وهذا على مذهب المتأخرين من مشايخ بلخ واستحسنوا ذلك وقالوا بنى اصحابنا المتقدمون الجواب على ما شاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة الناس فيهم وكانت لهم عطيات من بيت المال وافتقاد من المتعلمين من مجازاة الاحسان بالاحسان من غير شرط مروة يعينونهم على معاشهم ومعادهم وكانوا يفتون بوجوب التعليم خوفا من ذهاب القرآن وتحريضا على التعليم حتى ينهضوا لاقامة الواجب فتكثر حفاظ القرآن* واما اليوم فذهب ذلك كله وانقطعت العطيات من بيت المال بسبب استيلاء الظلمة واشتغل الحفاظ بمعاشهم وقل ما يعلم حسبة ولا يتفرغون له ايضا فان حاجتهم تمنعهم من ذلك فلو لم يفتح باب التعليم بالاجر لذهب القرآن* فافتوا بجوازه لذلك ورأوه حسنا وقالوا الاحكام قد تختلف باختلاف الزمان الا ترى ان النساء كن تخرجون الى الجماعات في زمانه عليه السلام وزمان ابي بكر الصديق حتى منعهن عمر واستقر الامر عليه وكان ذلك هو الصواب* كما في التبيين* وفي النهاية* يفتى بجواز الاستئجار على تعليم الفقه ايضا في زماننا* والخانية خلافه تتبع* وفي المجمع * يفتى بجواز الاستئجار على التعليم والامامة والفقه * كذا في الذخيرة والروضة ولا يجوز استئجار المصحف وكتب الفقه لعدم التعارف * كما في شرح الكنز للعيني (ويجبر المستأجر) وهو الصبي اوو ليه (على دفع ما سمى) من الاجر (ويحبس به) اى بالاجر الذي سمى (و) يجبر (على دفع الحلوة المرسومة) الحلوة بفتح الحاء المهملة هدية تهدى الى المعلمين على رؤس بعض سور القرآن* سميت بها لان العادة اهداء الحلاوى* وهو لغة ما يستعملها اهل

ماوراء النهر * حتى لو لم يكن بينهما قول وشرط يؤمر بارضاعه المعلم * وفي الخانية وغيرها
* رجل استأجر رجلا ليعلم ولده الحرفة * فيه روايتان * في رواية المبسوط تجوز وفي
رواية القدوري لاتجوز * فان بين لذلك وقتا معلوما سنة اوشهرا جازت الاجارة ويستحق
المسمى تعلم الولد اولم يتعلم وان لم يبين لذلك وقتا لاتصح الاجارة وله اجر المثل ان تعلم الولد
والعبد وان لم يتعلم فلا اجر له * وفي الجواهر * استوجروا لحمل جنازة مسلم اولغسل ميت فان
كان في موضع لايوجد من يغسله غير هؤلاء فلا اجر لهم وان كان في موضع فيه اناس غيرهم فلهم
الاجر * وفي التتف * اجارة السفن جائزة * وهي على وجهين * احدهما ان يستأجرها الى مدة
معلومة والآخر ان يستأجرها الى مكان معلوم وكلاهما جائز * ان مضت المدة وهي في
البحر فله ان يمسكها حتى تخرج من البحر ويعطيه اجر مثلها * وكذا اجارة الخيام والفسطاط
جائزة * وله ان ينصب ذلك كما ينصب الناس * فان احترق في الشمس اوفسد في السفر من المطر
اوالثلج اوتخرق من غير عنف اوخلاف فلا ضمان * وكذا اجارة الاسلحة جائزة * وله ان يقاتل
ولاضمان عليها ان هلكت وان تعدى عليها فهلك فعليه الضمان ولا اجر عليه * (ولاتصح
اجارة المشاع) سواء كان الشيوع فيما يحتمل القسمة كالعروض اوفيما لايحتمل القسمة
كالعبد عند الامام * لان اجارة الدار مثلا انما هي للانتفاع بعينها * وهذا غير متصور في
المشاع حيث لايمكن التسليم بخلاف بيعه * والمراد من الشيوع الشيوع الاصلي لان الطاري
لايفسد الاجارة في ظاهر الرواية عند الامام * وعنه يفسدها (الا من الشريك) فانه يجوز
مشاعا بالاجماع في ظاهر الرواية عن الامام لان الكل يجتمع على ملكه فلا يلزم الشيوع *
وعنه لايجوز ايضا ثم اختلف المشايخ على قول الامام قيل لا ينعقد حتى لايجب الاجر اصلا وقيل
ينعقد فاسدا حتى يجب اجر المثل وهو الصحيح (وعندهما تصح اجارة المشاع) مطلقا سواء
آخر نصيبه شريكه اوغيره لانه نوع تمليك فيجوز كالبيع وبه قال الشافعي ومالك * والحيلة في
جواز اجارة المشاع ان يستأجر الكل ثم يفسخ في النصف فانه يجوز * لان الشيوع الطاري لا
يفسدها كما مر ويحكم الحاكم بجوازه * وفي المغني الفتوى في اجارة المشاع على قولهما لكن في
الخانية وغيرها الفتوى قول الامام وبه جزم اصحاب المتون والشروح فكان هو المذهب *
كما في المنح (وان آجر دارا من رجلين صح اتفاقا) لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع لتفرق الملك
بينهما طار (ويجوز استئجار الظئر) وهي المرضعة (باجر معلوم) والقياس ان لايصح
كاجارة البقرة اوالشاة ليشرب لبنها واجارة البستان ليأكل ثمره * وجه الاستحسان قوله
تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن * وعليه انعقد الاجماع وقد جرى به التعامل في الاعصار
بلا نكير لانه عقد على منفعة هي تربية الصبي واللبن تابع وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح
* واقرب الى الفقه * كما في الهداية * والصحيح * كما في الكافي * وقيل عقد على اللبن لانه المقصود
والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الائمة السرخسي * وفي العناية كلام فليطالع (وكذا) يجوز
استئجارها (بطعامها وكسوتها) استحسانا عند الامام لان الجهالة هنا لاتفضي الى النزاع لان

العادة جارية بالتوسعة على الظئر شفقة على الولد (خلافا لهما) اى قالا لا يجوز قياسا للجهالة وهو قول الشافعي * وفي الجامع الصغير ان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وبين زراعها جاز اجماعا * ومعنى تسميه الطعام دراهم ان تجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام عوضا عنها او بين جنس الطعام ووصفه وقدره جاز ايضا وفي الطعام لا يشترط الاجل (وعليها) اى على الظئر (غسل الصبي وغسل ثيابه) عن البول والغائط لا عن الوسخ (واصلاح طعامه) بالمضغ او الطبخ (ودهنه) بفتح الدال اى جعل الصبي مطلى بالدهن بالضم لان كلا منها عليها عرفا والعرف معتبر فيما لا نص فيه * و(لا) يجب على الظئر (ثمن شيء منها) اى من هذه المذكورات (بل هو) اى ثمن طعامه ودهنه وما غسل به ثيابه من الصابون ونحوه (واجرها) اى اجر الظئر (على من نفقته) اى نفقة الصبي (عليه) سواء كان والده او غيره ممن تجب عليه نفقته * فلو مات ممن تجب عليه نفقته * فعلى الوصي من مال الصبي فلا تبطل الاجارة بموته * وقال ابو بكر انها تبطل اذا كان للصبي مال » كما في القهستاني * وما ذكر محمد من * ان الدهن والريحان على الظئر » فبناء على ما هو عرف الكوفة « ثم فرعه بقوله (فان ارضعته) اى ان ارضعت الظئر الصبي بمعنى اوجرته فقولهم فان ارضعته يكون من قبيل المشاكلة (في المدة) اى في مدة الرضاع (بلبن شاة) في فمه (اوغذته) من التغذية (بطعام) ومضت المدة (فلا اجر لها) لانها لم تأت بالعمل الواجب عليها وهو الارضاع * وهذا ايجار وليس بارضاع وهو غير ما وقع عليه عقد الاجارة * ولهذا لو اوجر الصبي بلبن الظئر في المدة لم تستحق الاجرة « فعلم بهذا ان المعقود عليه وهو الارضاع والعمل دون العين وهو اللبن » كما في العناية * وفي المحيط « لو استأجر شاة لترضع جديا او صبيا لا يجوز لان للبن البهائم قيمة فوقعت الاجارة عليه وهو مجهول فلا يجوز وليس للبن المرأة قيمة فلا تقع الاجارة عليه وانما تقع على فعل الارضاع والتربية والحضانة » وفي القهستاني « فان جحدته الظئر فالاعتبار ليمينها او لبينتهم وان اقام كل بينة فبينتها * وهذا اذا شهدوا انها ارضعته بلبن شاة وما ارضعته بلبن نفسها فاو اكتفى بالمنفي لم تقبل لانها شهادة على النفي بخلاف الاول فان النفي فيه داخل في ضمن الاثبات كما في المحيط » وفي الغرر « بخلاف ما اذا دفعته الى خادمتها حتى ارضعته حيث تستحق الاجر » (ولزوجها) اى لزوج الظئر (وطؤها) اذا اراد لانه حقه فلا يتمكن المستأجر من ابطاله (لا) وطؤها (في بيت المستأجر) اذا منع المستأجر على الوطء فيه لانه ملكه فيمنعه فان لم يمنع بل اذن فيه جاز (وله) اى لزوج الظئر (فسخها) اى الاجارة (ان لم تكن) الاجارة (برضاه) سواء كان تشينه اجارتها بان كان وجيها بين الناس او لم تشينه في الاصح * لكن ليس على الاطلاق بل (ان كان نكاحه) اى نكاح الزوج (ظاهرا) بين الناس او يكون عليه شهود صيانة لحقه (لا) اى ليس له ان يفسخ الاجارة (ان اقرت) المرأة (به) اى بالنكاح لان الاقرار حجة قاصرة غير مقبولة في ابطال حق الغير وهو المستأجر (ولاهل الطفل فسخها) اى الاجارة (ان مرضت) الظئر (او حبلت) لان الحبلى والمريضة تضر بالصغير * وكذا تفسخ المرضعة اذا مرضت او حبلت ان خيف عليها *

وكذا تفسخ اذا تقيأ لبنها او كانت سارقة او فاجرة ثابتا فجورها * بخلاف ما اذا كانت كافرة « كما في شرح الكنز وغيره * وما في القهستاني من « انه صح استئجار الظئر الكافرة والفاجرة * لكن نهى عن ارضاع الحمقاء » نوع مخالفة الا ان يراد بالفاجرة غير ثابت فجورها او يراد صحة الاستئجار فقط * وكذا تفسخ اذا كان الصبي لا يأخذ ثديها * ولها ايضا فسخها اذا كانت تتأذى منهم * وكذا اذا لم تجر عادة بارضاع ولد غيرها ولا تفسخ بموت اب الصبي لان الاجارة واقعة للصبي لا للاب سواء كان له مال اولم يكن * بخلاف موت الصبي او الظئر فانها تنقضي * ولو سافرت هي واهل الصبي تفسخ الاجارة (وفسد استئجار حائك لينسج له غزلا بنصفه) اي بنصف الغزل او ثلثه (او) استئجار (حمار يحمل عليه طعاما) الى بيته (بقفيز منه) اي من الطعام بان جعل القفيز اجرته (او) استئجار (ثور ليطحن له براً بقفيز من دقيقه) اي دقيق ذلك البر * اما فساد الاولى والثانية فلانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فصار في معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه رسول الله * والمعنى فيه ان المستأجر عاجز عن تسليم الاجر لانه بعض ما يخرج من عمل الاجير والقدرة على التسليم شرط لصحة العقد وهو لا يقدر بنفسه وانما يقدر بغيره فلا يعد قادرا ففسد * قال ابو المكارم « قال قاضيخان يجوز النسج بالثلث او الربع وبه اخذ الفقيه ابو الليث والامام الحلواني والامام ابو علي النسفي » (ويجب اجر المثل في الكل لا يجاوز المسمى) لان الاجارة لما فسدت وجب الاقل من المسمى ومن اجر المثل لرضاه بحط الزيادة * بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب الاجر لان الاجير فيه ملك النصف في الحال بالتعجيل فصار حاملا طعاما مشتركا بينهما او يحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر اذ ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه * وفي المنح اشكال وجواب * ان شئت فارجع * وفي الهداية « بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط » « وعند ابي يوسف لا يجاوز باجرة نصف ثمن ذلك لانه رضي بنصف المسمى حيث اشترك * هذا اذا احتطب احدهما وجمع الآخر واما اذا احتطبا جميعا فهما شريكان على السواء » كما في النهاية والعناية * وفي التنوير « استأجره ليصيد له او يحتطب فان وقت جاز والا لا * الا اذا عين الحطب وهو ملكه » (وان استأجره ليخبز له اليوم قفيزا بدرهم فسد) العقد عند الامام لان المعقود عليه مجهول لذكره فيه امرين يحتمل كل منهما ان يكون معقودا عليه العمل والوقت * فالعمل نفع المستأجر لانه لا يعطي الاجر الى الموجر الا بعد تمام العمل والوقت نفع الاجير لانه يستحق الاجر بمضي المدة سواء عمل اولم يعمل ولا رجحان في احدهما فيؤدي الى النزاع ولو كان المعقود عليه كليهما يلزم ان يعمل مستغرقا لهذا اليوم فذلك مما لا يقدر عليه احد عادة (خلافا لهما) اي قالا هذه جائزة ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغه في اليوم فعليه ان يعمل في الغد لان المعقود عليه هو العمل وذكر اليوم للتعجيل (ولو قال في اليوم) بكلمة في (صح اتفاقا) لان كلمة في للظرف لا لتقدير المدة فلا يقتضي الاستغراق فكان المعقود عليه هو

(العمل)

العمل وهو معلوم* بخلاف ما اذا حذفت فى فانه يقتضى الاستغراق * ولو استأجره ليخبزله كذا من الدقيق على ان يفرغ منه اليوم يجوز بالاجماع (وان استأجر ارضا على ان يكربها) من كرب الارض اذا اصلحها بالحراث من باب نصر (ويزرعها او) استأجرها على ان (يسقيها ويزرعها صح) الاستئجار لكونه شرطا يقتضيه العقد لان الزراعة لا تتأتى الا بالكراب والسقى (و) ان استأجرها (على ان يثنيها) ان كان المراد بالتثنية ان يرد الارض مكروبة تفسد الاجارة لبقاء نفع الكراب بعد انقضاء المدة* وهذا شرط لا يقتضيه العقد* وسبب الفساد بقاء النفع لرب الارض فتوجد صفقتان فى صفقة وهى منهى عنها *وان كان المراد كرب الارض مرتين وكانت الارض تخرج الزرع بكربها مرة والمدة سنة واحدة تفسد الاجارة ايضا لما مر *وان كانت تخرجه بكربها مرتين لا تفسد لعدم بقاء اثر التثنية* وكذا لا تفسد ان كانت المدة فى هذه الصورة سنتين او اكثر لعدم منفعة الثنية (او) استأجرها على ان (يكرى نهرها) اى يحفر انهارها العظام تفسد الاجارة لبقاء منفعة فى العام القابل *بخلاف الجداول* كما فى التبيين (او) على (ان يسرقنها) اى يجعل السرقين عليها وهو الزبل وهو معرب و يقال له السرجين تفسد الاجارة لبقاء الاثر بعد الانقضاء الا اذا كان الريع لا يخرج الا بالمرقة او كانت المدة طويلة (يصح) الاستئجار فى الكل لما قررناه آنفا (وكذا) لا يصح (الاستئجار (للزراعة) اى لزراعة الارض (بزراعة) ارض اخرى بان جعلت زراعة الارض الاخرى اجرة بها (وللركوب) اى لا يصح استئجار دابة ليركبها (بركوب) دابة اخرى ليركبها الآخر بمقابلتها (وللسكنى) اى لا يصح استئجار دار ليسكنها (بسكنى) دار اخرى ليسكنها الآخر بمقابلتها (وللبس) اى لا يصح استئجار ثوب ليلبسه (بلبس) ثوب آخر ليلبسه الآخر بمقابلته ويكون من قبيل بيع الشئ بجنسه نسيئة وذا لا يجوز خلافا للائمة الثلاثة وفى الدرر كلام *ان شئت فطالع *ثم لو استوفى احدهما المنفعة عند اتحاد الجنس فله اجر المثل فى ظاهر الرواية* وذكر الكرخى عن ابى يوسف «انه لا شئ عليه» (وان استأجر شريكه او حماره) اى حمار شريكه (لحمل طعام هو) اى الطعام (لهما لا يلزم الاجر) الذى سماه ولا اجر المثل لانه لا يعمل شيأ لشريكه الا ويقع بعضه لنفسه فلا يستحق الاجر* وعند الائمة الثلاثة تجوز هذه الاجارة ويجب المسمى لانه اوفى المشروط عنه (كراهن استأجر الرهن من المرتهن) اى كما لا يجوز للراهن استئجار الرهن من المرتهن لان الرهن ملك الراهن والمرتهن ليس بمالك حتى يوجره منه* وفى المنح «او استأجر حماما فدخل الآجر مع بعض اصدقائه الحمام فانه لا تجب الاجرة لانه يسترد بعض المعقود عليه وهو منفعة الحمام فى المدة ولا يسقط شئ من الاجرة لانه ليس بمعلوم» (وان استأجر) رجل (ارضا ولم يذكر انه يزرعها او لم يبين ما يزرعها لا يصح) العقد لان استئجار الارض غير مختص للزراعة* وكذا ما يزرع فيها يختلف فبعضه اقل ضررا بها من بعض فلا بد من التسمية عند العقد والا لا يعلم المعقود عليه فيفضى الى الفساد* هذا (ان لم يعمم) الموجر اما ان عمم بان يقول على ان تزرع ما شئت فحينئذ يصح لوجود الاذن

منه (فان زرعها) بلاذكر الزراعة اوما يزرع فيها (ومضى الاجل عاد) العقد (صحيحا وله) اى للموجر (المسمى) من الاجرة استحسانا لارتفاع الجهالة وانقطاع المنازعة فينقلب جائزاً كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مجيئه * والقياس لايعود وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا فيلزم اجر المثل كما فى اكثر الكتب * وما فى المنح من انه * وعند محمد لايعود صحيحا وهو القياس * مخالف لاكثر الكتب تدبر (وان استأجر حمارا الى مكة ولم يذكر ما يحمل عليه فحمل المعتاد) اى ما يحمل الناس على مثله (فنفق) اى هلك فى الطريق (لايضمن) المستأجر لان العين المستأجر امانة فى يد المستأجر وان كانت الاجارة فاسدة * هذا اذا لم يتعد * فاذا تعدى ضمن ولا اجر عليه (وان بلغ) الحمار مع الحمل (مكة) شرفها الله تعالى (فله) اى للموجر (المسمى) من الاجرة عند العقد استحسانا لان الفساد كان للجهالة فاذا حمل عليه شيأ يحمل على مثله تعين ذلك فانقلب صحيحا * وفى البزازية * تكارى دابة الى فارس فالاجارة فاسدة لان فارس وخراسان وخوارزم والشام وفرغانة وسغد وماوراء النهر وهند والخطاى والدشت والروم واليمن اسم للولاية * وبخارى وسمرقند وبلخ وجرجانية وهراة واوزجند اسم البلدة * وجعل شمس الائمة بخارى اسم الولاية * ففى كل موضع هو اسم الولاية اذا بلغ الادنى له اجر المثل لايتجاوز عن المسمى * وفى كل موضع هو اسم البلد اذا وصل البلد يلزم البلاغ الى منزله * (وان اختصما) اى الموجر والمستأجر (قبل الزرع) فى مسئلة استئجار الارض بلاذكر الزرع (و) قبل (الحمل) فى مسئلة استئجار الحمار (نقضت الاجارة للفساد) لبقائه قبل ارتفاع الجهالة بالتعيين بالزرع فى المسئلة السابقة وبالحمل فى هذه * فلو اختصما بعد الزرع او الحمل لايقضى بنقض العقد لعدم الامكان بل يبقى على ما كان فلا يندفع الفساد فى المسئلة السابقة الا بمضى الاجل او البلوغ فى المسئلة الثانية * ولو استأجر دابة ثم جحد الاجارة فى بعض الطريق وجب عليه اجر ما ركب قبل الانكار ولا يجب لما بعده * هذا عند ابى يوسف * وعند محمد يجب الاجر كله * وفى التنوير * اجارة المنفعة تجوز اذا اختلفا واذا اتحدا لا *

﴿ فصل ﴾

لما فرغ من بيان انواع الاجارة شرع فى بيان احكام بعد الاجارة وهى الضمان والاجير نوعان مشترك وخاص * والسؤال عن وجه تقديم المشترك ٢ على الخاص دورى (الاجير المشترك من يعمل لغير واحد) معناه ان لايختص بواحد عمل لغيره اولم يعمل ولا يشترك ان يكون عاملا لغير واحد بل اذا عمل لواحد ايضا فقط فهو مشترك اذا كان لايمتنع ولا يتعذر عليه ان يعمل لغيره * وفى الغرر الاجير المشترك من يعمل لا لواحد او يعمل له غير موقت او موقتا بلا تخصيص * وفى القدورى * الاجير المشترك من لايستحق الاجرة حتى يعمل والاجير الخاص هو الذى يستحق الاجرة بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل * وفى التبيين * هذا يؤل الى الدور لان هذا حكم لايعرفه الا من يعرف الاجير المشترك والخاص * واجاب صاحب العناية * بانه قد علم مما سبق فى باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم يتوقف معرفته على معرفة المعرف وقيل قوله من لايستحق الاجرة حتى يعمل مفرد

٢ قال المولى سعدى * يعنى لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك ايضا لان لتقديم كل منهما على الآخر وجها * اما المشترك فلانه بمنزلة العام بالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه * واما الخاص فلانه بمنزلة المفرد من المركب * لكن تقديم المشترك هنا لان الباب باب ضمان الاجير * وذلك فى المشترك * فتأمل * منه

والتعريف بالمفرد لايصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله *كالصباغ* والقصار جاز ان يكون تعريفا بالمثال وهو الصحيح لكن قوله *لان المعقود* ينافى ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وفى كونه مفردا لايصح التعريف به نظرا* والحق ان يقال انه من التعريفات اللفظية وتمامه فيه فليطالع *قال الزيلعى* والاوجه ان يقال الاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل معلوم ببيان محله ليسلم عن النقض والاجير الخاص الذى يكون عقده واردا على منافعه ولاتصير معلومة الابذكر المدة او بذكر المسافة* وتمامه فيه فليراجع (ولايستحق) الاجير المشترك (الاجر حتى يعمل كالصباغ والقصار) ونحوهما لان الاجارة عقد معاوضة فتقتضى المساواة بين العوضين فالم يسلم المعقود عليه للمستأجر وهو العمل لايسلم للاجير العوض وهو الاجر (والمتاع فى يده) اى فى يد الاجير (امانة لايضمن ان هلك) المتاع من غير فعله عند الامام وهو قول زفر وحسن بن زياد قياسا سواء هلك بامر يمكن التحرز عنه كالسرقة والغصب اولا يمكن التحرز عنه كالحريق الغالب والعدو المكابر لان العين امانة فى يده لحصول القبض باذنه فلايكون الحفظ مقصودا بالذات ولذا لايقابله الاجر لان الاجر فى الاجارة بمقابلة العمل او الوصف بخلاف المودع باجر لان حفظه مقصود حتى يقابله الاجر (وان) وصلية (شرط) عليه (ضمانه) لانه شرط لايقتضيه العقد (به) اى بعدم الضمان (يفتى) وفى الخانية* والفتوى على قول الامام* وفى المنح وقد جعل الفتوى عليه فى كثير من المعتبرات وبه جزم اصحاب المتون وكان هو المذهب* (وعندهما) وعند مالك والشافعى فى قول (يضمن ان امكن التحرز منه) اى من الهلاك (كالغصب والسرقة بخلاف مالايمكن) التحرز عنه (كالموت) حتف انفه (والحريق الغالب والعدو المكابر) لكونه سببا لصيانة اموال الناس* وافتى المتأخرون بالصلح على نصف القيمة لاختلاف الصحابة والائمة (وعلى هذا حكم الولاة والقضاة عملا بالقولين) وفى شرح المجمع نقلا عن المحيط* الخلاف فيما اذا كانت الاجارة صحيحة وان فاسدة لايضمن اتفاقا (ويضمن ما) اى الذى (تلف بعمله) اى بعمل الاجير المشترك (اتفاقا كتخريق الثوب من دقه) اى دق القصار (وزلق الحمال) اذا لم يكن من مزاحمة الناس *كما فى الاصلاح* فان التلف الحاصل من زلقه حصل من تركه التثبيت فى المشى (وانقطاع الحبل الذى يشد به المكارى) الحمل فان التلف الحاصل به حصل من تركه التوثيق فى شد الحبل (وغرق السفينة من مدها) *وفيه اشارة الى ان السفينة او غرقت من موج او ريح او نحوهما لم يضمن كما فى القهستانى وقال زفر والشافعى لايضمن لانه مأمور بالعمل مطلقا وانه ينتظم السليم والمعيب* ولنا ان المقصود هو المصلح دون المفسد فكان هو المأذون فيه دون غيره وفى شرح الوقاية لصدر الشريعة* ينبغى ان يكون المراد بقوله *ماتلف بعمله* عملا جاوز فيه القدر المعتاد على مايأتى فى الحجام او عملا لايعتاد فيه المقدار المعلوم *لكن مافى المنح نقلا عن العمادية مخالف لانه قال *و ان هلك بفعله بان تخرق بدقه او عصره يضمن عندنا بخلاف البزاغ والحجام فان البزاغ ونحوه لايضمن ماهلك بفعله اذا لم يجاوز المعتاد ومعناه ان الاجير المشترك يضمن ماهلك بفعله

جاوز المعتاد اولا* تدبر (لكن لايضمن به) اى بغرق السفينة (الآدمى) من مدها (ممن غرق فى السفينة او سقط من الدابة) وان كان بسوقه او قوده لان ضمان الآدمى لايجب بالعقد بل بالجناية وما يجب بها يجب على العاقلة والعاقلة لاتحمل ضمان القود « وهذا ليس بجناية لكونه مأذونا فيه «قيل هذا الكلام اذا كان ممن يستمسك على الدابة و يركب وحده والا فهو كالمتاع والصحيح انه لافرق فيه (ولايضمن فصاد ولا بزاغ لم يجاوز المعتاد) فانه لايجب الضمان اذا سرى الى النفس لانه ليس بالوسع لعدالعلم بحصول الموت الا ان يتجاوز الموضع المعتاد لان ذلك غير مأذون فيه فيضمن الزائد*هذا كله اذا لم يهلك*وان هلك يضمن نصف الدية حتى ان الختان لو قطع الحشفة و برئ المقطوع تجب عليه دية كاملة لان الزائد هو الحشفة وهو عضو كامل فيجب عليه الدية كاملة وان مات وجب عليه نصف الدية لان النفس تلفت بمأذون فيه وغير مأذون فيه فيضمن نصف الدية*وهو من اغرب المسائل حيث يجب الاكثر بالبرء والاقل بالهلاك* وتفصيله فى المنح فليطالع *سئل صاحب المحيط عن فصاد جاء اليه غلام وقال* افصدلى*ففصده فصدا معتادا فمات من ذلك السبب قال يضمن الفصاد قيمة العبد ويكون على عاقلة الفصاد لانه خطأ*وكذلك الصبى تجب ديته على عاقلة الفصاد * وسئل عن رجل فصد نائما وتركه حتى مات من سيلان الدم قال يجب عليه القصاص كما فى الفصول العمادية (ولو انكسر دن فى طريق الفرات) ذكر الفرات للشهرة بالوفرة والزيادة بلا فائدة (فللمالك ان يضمنه) اى الحمال (قيمته) اى قيمة الدن التى تقوم (فى مكان حمله ولا اجر) له (او) ضمن قيمته (فى مكان كسره وله) اى الحمال (الاجر بحسابه) «اما الضمان فلان السقوط بالعثار او بانقطاع حبل وكل ذلك من صنعه*واما الخيار فلانه اذا انكسر فى الطريق والحمل شئ واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه* وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اى الوجهين شاء * وفى الوجه الثانى له الاجر بقدر ما استوفى*وفى الوجه الاول لااجر له لانه ما استوفى اصلا » كما فى الهداية (و) ثانى النوعين (الاجير الخاص) هو (من يعمل لواحد) قيد صاحب الدرر بقوله « عملا موقتا بالتخصيص»وقال«وفوائد القيود عرفت مما سبق » (ويسمى اجير وحد) ايضا (ويستحق) الاجير الخاص (الاجر بتسليم نفسه) اى الآجر (مدته) اى العقد سواء عمل او لم يعمل مع التمكن بالاجماع (كمن استوجر للخدمة) الغير المعينة (سنة او لرعى الغنم) لهذا المستأجر دون غيره «لان العقود رد على منافعه وذكر العمل لصرف المنفعة المستحقة الى تلك الجهة وصار كالوباع عبدا من رجل حيث لايملك بيعه من آخر * وفى شرح الوافى «واعلم انه ان استأجره لرعى غنمه بدرهم شهرا فهو اجير مشترك الا ان يقول ولايرعى غنم غيرى فحينئذ يصير اجير وحد*وان استأجره ليرعى غنمه شهرا بدرهم فهو اجير وحد الا ان يقول و يرعى غنم غيرى» وفى الذخيرة« ولو استأجره يوما يعمل فى الصحراء فمطرت السماء بعدما خرج الاجير الى الصحراء لااجر له لان تسليم النفس فى ذلك العمل لم يوجد لمكان العذر وبه كان يفتى المرغينانى »

كما فى الشمنى * وفى المنح دران هلك فى المدة نصف الغنم او اكثر من النصف فله الاجرة كاملة مادام يرعى منها شيأ لان المعقود عليه هو تسليم نفسه وقد وجد وليس للراعى ان ينزو على شئ منها بغير اذن صاحبها لان الانزاء حمل عليها فلا يجوز بغير اذن صاحبها فان فعل فعطبت ضمن وان كان الفحل نزا عليها فعطبت فلا ضمان عليه لانه بغير فعله * كما فى الجوهرة * وفى العمادية * ثم الراعى اذا كان اجير وحد فماتت من الاغنام واحدة حتى لا يضمن لا ينقص من الاجر بحسابها لان الغنم لو ماتت كلها لا ينقص من الاجر شئ اه * وهو مخالف لقول الجوهرة * مادام يرعى منها شيأ * كما لا يخفى * (ولا يضمن) الاجير الخاص (ماتلف فى يده) بان يسرق منه او غاب او غصب (او بعمله) لان العين امانة فى يده بالاتفاق لانه لا يتقبل الاعمال الكثيرة من الناس فلا يوجد العجز والتقصير فى الحفظ بخلاف الاجير المشترك المأذون كانكسار القدوم او تخرق الثوب عند العمل اذا لم يتعمد الفساد لانه يتقبل الاعمال الكثيرة من الخلق طمعا فى الاجر فيعجز عن القيام فيجب عليه الضمان عندهما استحسانا لصيانة اموال الناس كما مر * وفى المنح * الراعى اذا خلط الغنم بعضها ببعض فان كان يقدر على التميز لا يضمن ويكون القول قوله فى تعيين الدواب انها لفلان وان كان خلطا لا يمكن التميز يكون ضامنا قيمتها والقول فى مقدار القيمة قول الراعى وتعتبر قيمة الاغنام يوم الخلط فان دفع غنم رجل الى غير صاحبها فاستهلكها المدفوع اليه واقر الراعى بذلك ضمن الراعى ولا ضمان على المدفوع عليه * ولا يقبل قول الراعى على المدفوع عليه ان كان الراعى اقر وقت الدفع انها للمدفوع اليه * ولو ندت بقرة من الباقورة فخاف البقار انه لو تبعها يضيع الباقى كان فى سعة من ان لا يتبعها ولا ضمان عليه بالاتفاق ان كان الراعى خاصا وان مشتركا فكذلك عند الامام وعندهما يضمن * وفى التنوير * استأجر حمارا فضل عن الطريق ان علم انه لا يجده بعد الطلب لا يضمن * وفى الجواهر * بقار ترك البقور مع صبى لحفظهن فهلكت بقرة وقت السقى بآفة فان كان للصبى قدرة لحفظهن لم يضمن والا يضمن * ولو جاء البقار ليلا وزعم انه رد البقرة وادخلها القرية فطلبها صاحبها ولم يجدها ثم وجدها بعد ايام فى قرى الجبانة قد عطبت قالوا ان كان العرف فيما بينهم ان البقار يدخل البقور فى القرية ولم يطلبوا منه ان يدخل كل بقرة فى منزل صاحبها كان القول قول البقار مع يمينه انه ادخل البقرة فى القرية فلا ضمان عليه * (وصح ترديد الاجر) اى جعله مترددا (بين فعلين مختلفين وايهما وجد لزم ماسمى له نحو) لو قال للخياط (ان خطته فارسيا فبدرهم او روميا فبدرهمين) فان عمل من هذين العملين عمل يستحق المسمى * هذا عند الكل لانه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين والاجر قد يجب بالعمل وعند العمل يرتفع الجهل * وعند زفر والائمة الثلاثة لا يجوز لجهالة المعقود عليه الحال (و) كذا لو قال للصباغ (ان صبغته بعصفر فبدرهم او بزعفران فبدرهمين) هذا عند الكل لما مر (و) كذا لو قال للمستأجر (ان سكنت) فى (هذه) الدار (فبدرهم فى الشهر او ان سكنت فى (هذه) الدار (فبدرهمين و) كذا لو قال (ان ركبتها الى الكوفة فبدرهم او ان ركبتها (الى واسط فبدرهمين) قيل فيه احتمال الخلاف لان هذه المسئلة ذكرت فى الجامع

الصغير مطلقا فيحتمل انيكون قول الكل اوقول الامام خاصة (وكذا صح لوردد بين ثلثة) اشياء بان قال ان خطته فارسيا اورو ميا اوتركيا (لا) يصح (بين اربعة) اشياء كما في البيع والجامع دفع الحاجة غيرانه يشترط خيار التعيين في البيع دون الاجارة لان الاجرة انما تجب بالعمل واذا وجد يصير المعقود عليه معلوما بخلاف البيع فان الثمن يجب بنفس العقد والمبيع مجهول (ولوقال) للخياط (ان خطته اليوم فبدرهم او) ان خطته (غدافبنصفه فخاطه اليوم فله الدرهم وان خاطه غدافله اجر المثل) لكن (لايجاوز) اجر المثل (نصف درهم) لانه هو المسمى في اليوم الثاني * قال القدوري * هي الصحيحة * وفي الجامع الصغير * لايزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم * هذا عند الامام لان ذكر اليوم للتعجيل دون التوقيت ويدل عليه هنا نقص الاجر اواخر الفعل الى الغدفتبقى في اليوم الثاني تسميتان احديهما درهم والاخرى نصف والتسميتان في عقد واحد مفسدة فوجب اجر المثل كما لوقال خطه اليوم بدرهم اونصفه فلايكون ذكر اليوم للتأقيت اذ لوكان للتأقيت يفسد العقدان لاجتماع الوقت والعمل فيصير اجيرا مشتركا واجيرا خاصا وانه لاتجوز * وكذا لايكون ذكر الغد للترفية بل يكون للتعليق فيجوز في الاول دون الثاني على مامر * وفي اكثر الكتب * اوخاطه بعد غدفالصحيح انه لايجاوز به نصف درهم عند الامام * واما عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف درهم ولايزاد عليه * (وقالا الشرطان جائزان) حتى اذا خاطه اليوم فله درهم واذا خاطه غدافله نصف درهم لان ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فوجدت في كل واحد من وقتين التسمية مقصودة فصارا عقدين كاختلاف النوعين كالرومية والفارسية * وعند زفر الشرطان فاسدان وهو قول الائمة لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفية والتوسيع فيجتمع في كل يوم تسميتان (ولوقال ان سكنت) بالتشديد من باب التفعيل ويجوز ان يكون سكنت بالتخفيف من الثلاثي * فعلى هذا يكون قوله عطارا اوحدادا حالا ويكون المعنى ان سكنت هذا الحانوت حال كونك عطاراً اوحال كونك حداداً (هذا الحانوت عطاراً فبدرهم او) سكنت (حدادا فبدرهمين جاز) عند الامام لانه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين والجهالة في العمل ترتفع عند المباشرة (خلافا لهما) اي قالا لايجوز لان المعقود عليه واحد والاجران مختلفان ولايدري ايهما يجب فلايجوز * وبه قال زفر والائمة الثلاثة (وكذا الخلاف) بين الامام وصاحبيه (لوقال ان ذهبت بهذه الدابة) الباء للتعدية (والى الحيرة فبدرهم وان جاوزتها) اي الحيرة منتهيا (الى القادسية فبدرهمين * او قال ان حملت عليها الى الحيرة كرة شعير فبدرهم وان حملت كر برفبدرهمين) فالعقد جائز فيهما عند الامام لما مرانه خيربين عقدين صحيحين مختلفين كما في مسئلة الخياطة الرومية والفارسية * وعندهما لايجوز * وبه قال زفر والائمة الثلاثة لان المعقود عليه وكذا الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد (ولا) يجوز ان (يسافر) المستأجر (بعبد استأجره للخدمة بلا اشتراطه) اي بلا اشتراط السفر لان في خدمة السفر زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق

وعليه عرف الناس فانصرف الى الحضر * بخلاف العبد الموصى بخدمته حيث لا يتقيد بالحضر لان مؤنته عليه ولم يوجد العرف فى حقه الا اذا شرط ذلك او كان وقت الاجارة متهيئا للسفر وعرف بذلك فيجوز * ولو سافر المستأجر بالعبد المستأجر ضمن قيمته لمالكه اذا هلك لانه صار غاصبا ولا اجر عليه وان سلم لان الاجر والضمان لا يجتمعان (ولو استأجر عبدا محجورا فعمل) لعبد (واخذ الاجر لا يسترده منه) اى لا يسترد المستأجر ما دفعه اليه لعمل من العبد المحجور * لان هذه الاجارة بعد الفراغ صحيحة استحسانا لان الفساد لرعاية حق المولى فبعد الفراغ رعاية حقه فى الصحة ووجوب الاجر له والقياس ان يسترده لانعدام اذن المولى وقيام الحجر وهو قول الائمة الثلاثة * وفى شرح الكنز للعينى * وعليه اجر المثل * وكذا الحكم فى الصبى المحجور عليه اذا آجر نفسه فالاجر له * ولو اعتقه المولى فى نصف المدة نفذت الاجارة ولا خيار للعبد فاجر ما مضى للسيد واجر ما يستقبل للعبد * وان آجره المولى ثم اعتقه فى نصف المدة فللعبد الخيار فان فسخ الاجارة فاجر ما مضى للمولى * وان اجاز فاجر ما يستقبل للعبد والقبض للمولى * واذا هلك العبد المحجور فى حالة الاستعمال تجب عليه قيمته ولا يجب عليه الاجر * (ولو آجر العبد المغصوب نفسه) لآخر (فاكل غاصبه) اى العبد (اجره لا يضمنه) اى لا يضمن الغاصب ما اخذه من الاجر من يد العبد فاتلفه عند الامام لان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به * وهذا غير محرز فى حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه فكيف يحرز ما فى يده كما لو آجره الغاصب فاخذ اجره فاتلف حيث لا ضمان عليه بالاتفاق قبل رده على المغصوب منه او تصدقه وهو اولى لتطرق خبث فيه (خلافا لهما) اى لا يضمن لانه اكل مال المالك بغير اذنه لان الاجارة تعتبر صحيحة بعد الفراغ على ما مر فيكون الاجر راجعا الى مولاه (وما وجده) من الاجر (سيده اخذه) فى يد العبد وغيره بالاتفاق لانه عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك (وقبض العبد اجره) من المستأجر (صحيح) بالاجماع لانه المباشر للعقد فيخرج المستأجر عن عهدة الاجرة بالاداء الى العبد (ولو آجر) رجل عبده هذين الشهرين) آجر (شهرا باربعة) دراهم (وشهرا بخمسة) دراهم من غير تعيين منهما (صح) العقد على الترتيب المذكور (والاول باربعة) لانه لما قال شهرا باربعة ينصرف الى ما يلى العقد تحريا بالجواز فينصرف الثانى الى ما يلى الاول ضرورة (ولو استأجر عبدا فابق او مرض) يعنى اذا استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه فى اول الشهر ثم جاء آخر الشهر والعبد مريض او آبق واختلفا (فادعى) المستأجر (وجوده) اى وجود المرض او الاباق (اول المدة و) ادعى (المولى وجوده قبيل الاخبار بساعة حكم الحال) اى يجعل الحال حكما بينهما فيكون القول قول من يشهد له الحال مع يمينه * لان القول فى الدعاوى قول من يشهد له الظاهر وعن هذا قال (فان كان) العبد (حاضرا) وقت الدعوى فى صورة الاباق (وصحيحا) فى صورة المرض (صدق المولى) ويحكم بانه ليس كذلك من اول المدة فيجب الاجر (والا) اى وان لم يكن حاضرا او صحيحا وقت الدعوى (فالمستأجر)

اى يصدق المستأجر ويحكم بان مرض العبد او اباقه من اول المدة (وكذا الاختلاف فى انقطاع ماء الرحى وجريانه) اى وكذا لو قال المالك ماء الطاحونة كان جاريا فى المدة وقال المستأجر لم يكن جاريا فيها فالقول للمالك ان كان جاريا والا فللمستأجر * وفى الخلاصة * رجل استأجر رحى ماء وبيتها ومتاعها مدة معلومة باجرة معلومة فانقطع الماء سقط من الاجر بحسابه وان لم ينقض الاجارة حتى عاد الماء لزمته الاجارة وان اختلفا فى نفس الانقطاع يحكم الحال *

(ولو قال رب الثوب امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصانع امرتنى بما صنعت صدق رب الثوب) لان الاذن يستفاد من قبل رب الثوب فكان اعلم بكيفيته فالقول قوله مع يمينه * الايرى لو انكر الاذن بالكلية كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته (وكذا الاختلاف فى القميص والقباء) بان قال رب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا فالقول لرب الثوب ايضا مع يمينه (فان حلف) رب الثوب (ضمن الصانع قيمة ثوبه غير معمول) اى صاحب الثوب بعد الحلف مخير ان شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول (ولا اجر) له (او اخذ الثوب واعطاه اجر مثله) و(لا يجاوز به المسمى) على ما بينا من قبل * وعن محمد انه يضمن له ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب * وقال ابن ابى ليلى * القول قول الصباغ * (وان قال رب الثوب عملت لى بلا اجر وقال الصانع باجر فالقول لرب الثوب) لانه ينكر تقوم عمل الصانع لانه يتقوم بالعقد ولانه ينكر الضمان والصانع يدعيه * فالقول قول المنكر مع يمينه عند الامام فى القياس * وعند الشافعى فى قول واحد القول للصانع (وعند ابى يوسف) القول (للصانع ان كان حريفا) اى معاملا (له) بان سبق بينهما اخذ واعطاء يلزم له الاجر لان ما سبق من المعاملة يدل على انه يعمل باجر فقام ذلك مقام الاشتراط فى الاستحسان (وعند محمد) القول (للصانع ان كان معروفا بعمله بالاجر) * لانه فتح الحانوت لاجل الاجر جرى ذلك مجرى التنصيص على اعتبار الظاهر فى الاستحسان * فجواب الامام من استحسانهما ان الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق * وهنا محتاج الى استحقاق الاجر * والفتوى على قول محمد * كما فى التبيين وغيره

باب فسخ الاجارة

وجه التأخير عما قبله ظاهر اذ الفسخ بعقب العقد لا محالة (تفسخ) الاجارة (بعيب فوت) صفة عيب (النفع كخراب الدار وانقطاع ماء الارض او) ماء (الرحى) فان كلا منها يفوت النفع فيثبت خيار الفسخ * وفى الهداية * ومن اصحابنا من قال بان العقد لا ينفسخ لان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق فى العبد * وعن محمد ان الآجر لو بناها اى بعد الخراب ليس للمستأجر ان يمتنع ولا للآجر * وهذا تنصيص منه على انه لا ينفسخ لكنه اى العقد يفسخ وهو الاصح * ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه * وفى التبيين * فاذا استوفاه لزمته حصته * وفى الولوالجى * رجل استأجر ارضا ليزرعها ولم يجد الماء ليسقيها فيبس الزرع والمسئلة على وجهين اما ان يستأجرها بشربها او بغير شربها ففى الوجه الاول سقط عنه الاجر لفوات التمكن من الانتفاع وفى الوجه الثانى ان انقطع ماء الزرع على وجه لا يرجى فله الخيار وان انقطع قليلا ويرجى منه السقى فالاجر عليه واجب *

ولو لم ينقطع الماء لكن سال الماء عليها حتى لا يتهيأ به الزراعة فلا اجر عليه لانه عجز عن الانتفاع به وصار كما اذا غصبه غاصب «وفى الخانية* رجل استأجر ارضا فانقطع الماء قال ان كانت الارض تسقى من ماء الانهار لا شىء على المستأجر * وكذا اذا كانت بماء السماء فانقطع المطر» (او اخل) عطف على قوله فوت (به) اى بالنفع يعنى العيب لا يفوت النفع بالكلية بل يخل به بحيث ينتفع به فى الجملة (كمرض العبد او دبر الدابة) الدبرة واحدة الدبر بالفتح جراحة تحدث فى ظهرها من ثقل الرحل فان الاجارة تفسخ به ايضا * وفى شرح الوقاية لابن الشيخ «ولا حاجة الى القضاء ولا الى الرضاء فى الفسخ بعيب لفوات النفع بتمامه ويحتاج الى القضاء والرضاء بالعيب الذى يخل به عند عامة المشايخ لفوات النفع على وجه يتصور عوده» (فلو انتفع) المستأجر (به) اى المستأجر (معيبا) ورضى بالعيب (او ازال الموجر عيبه سقط خياره) اى خيار المستأجر لحصول الرضى والتمكن من الانتفاع فيجب عليه اجره كاملا «وفى المنح» وعمارة الدار المستأجرة وتطيينها واصلاح الميزاب وما كان من البناء على رب الدار * فان ابى صاحبها كان للمستأجر ان يخرج من الدار الا ان يكون المستأجر استأجرها وهى كذلك وقد رآها لرضائه بالعيب» واصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج على صاحب الدار بلا جبر عليه لانه لا يجبر على اصلاح ملكه فان فعل ما ذكر من اصلاح المستأجر فهو متبرع فيه فليس له ان يحبسه من الاجرة» وكذا تفسخ الاجارة بخيار الشرط والرؤية عندنا «خلافا للشافعى» (وتفسخ) الاجارة (بالعذر) عندنا لان المعقود عليه فى الاجارة النفع وهو غير مقبوض فيكون العذر فيها كالعيب قبل القبض فى البيع «خلافا للشافعى لان العقد فى الاجارة واقع على الاعيان لكون المنافع بمنزلتها عنده فتكون الاجارة كالبيع فلا تفسخ بالعذر بل تفسخ بالعيب» وبه قال مالك واحمد وابو ثور (وهو) اى العذر (العجز عن المضى على موجب العقد الا بتحمل ضرر غير مستحق به) اى بعقد الاجارة (كقلع سن سكن وجعه) اى السن (بعدما استؤجر له) اى لقلع السن فان العقد ان بقى لزم قلع سن صحيح وهو غير مستحق بالعقد (وطبخ وليمة ماتت عروسها بعد الاستئجار للطبخ لها) اى لوليمتها (او) طبخ وليمة (اختلعت) عروسها بعد الاستئجار للطبخ لها* فان العقد ان بقى تضرر المستأجر باتلاف ماله فى غير الوليمة (وكذا) تفسخ (لو استأجر دكانا ليتجر) فيه (وذهب ماله) اى مال المستأجر وافلس (او آجر شيأ ولزمه) اى الموجر (دين لا يجد قضائه) اى قضاء دينه (الا من ثمن ما آجره) من دار او دكان (ولو) وصلية (باقراره) اى ولو كان الدين باقرار الموجر لانه لو بقى العقد يلزمه الحبس لاجله حيث لا يقدر ما لا سواه وهو ضرر زائد لم يستحقه بالعقد* وفيه اشارة الى انه لو كان له مال غيره لا تفسخ (او استأجر عبداً للخدمة فى المصر او مطلقا) اى بلا تقييد بالمصر (فسافر) المستأجر فانه حينئذ يثبت حق الفسخ لان خدمة السفر اشق فلا ينتظمها الخدمة المطلقة فضلا عن المقيدة بالمصر وفى منع المستأجر عن السفر ضرر لم يستحق بالعقد* ولو اكتفى بقوله* مطلقا* لكان اخصر واشمل للمصر وغيره تدبر (او اكترى دابة للسفر ثم ٣ بداله منه) اى ظهر للمستأجر ما يوجب المنع من السفر

٣ والبداء بالمد فى الاصل مصدر بدا له فى الامر اى نشأ له فيه رأى غير رأيه الاول فصرفه عنه

لاحتمال كون قصده سفر الحج فذهب وقته او طلب غريمه فحضر او التجارة فافتقر وغير ذلك فانه تثبت له حق الفسخ لانه لو مضى على موجب العقد لزمه ضرر زائد (ولو بدا للمكارى منه) اى ولو ظهر له ما يوجب المنع من السفر (فليس بعذر) لانه لا يلزمه ضرر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث تلميذا او اجيرا (ولو مرض) المكارى (فهو عذر فى رواية الكرخى) لانه لا يعرى من ضرر لان غيره لا يشفق على دابته مثله وهو لا يمكنه الخروج* بخلاف ما اذا لم يمرض (دون رواية الاصل) لما ذكرنا وفى القهستانى «الفتوى على الرواية الاولى» فلهذا اختار المصنف فقدمها (ولو استأجر خياط يعمل لنفسه) لا لغيره (عبدا يخيط له) اى للخياط (فافلس) الخياط (فهو عذر) لانه يلزمه الضرر على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله (بخلاف خياط يخيط بالاجر) فانه ليس بعذر لان رأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه (وبخلاف تركه) اى الخياط (الخياطة ليعمل فى الصرف) حيث لا يكون عذرا لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياط فى ناحية من الدكان وهو يعمل فى الصرف فى ناحية (وبخلاف بيع ما آجره) «فان هذا ليس بعذر للفسخ بدون لحوق دين لامكان استيفاء المستأجر والعين على ملك المشترى كما يستوفيها والعين على ملك البائع» كما فى الشمنى* وقال ابو المكارم «وهل يجوز البيع اختلف الروايات فيه* فى الكفاية «قال الامام السرخسى الصحيح ان البيع موقوف على سقوط حق المستأجر وليس للمستأجر ان يفسخ البيع* وهو اختيار صدر الشهيد» وفى الخانية «هو اصح الروايات» وفى الجامع الصغير «كل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض» وهذا يشير الى انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضى* وفى الزيادات «ان الامر يرفع الى الحاكم ليفسخ الاجارة لانه فعل مجتهد فيه فيتوقف على قضاء القاضى كالرجوع فى الهبة* قال السرخسى «هذا هو الاصح» ومنهم من فرق فقال ان كان العذر ظاهرا انفسخت والا يفسخها الحاكم* قال قاضيخان والمحبوبى «وهو الاصح» (ولو استأجر دكانا لعمل الخياطة فتركه) اى عمل الخياطة (لعمل آخر فعذر) تفسخ به الاجارة* لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين» بخلاف ما اذا استأجر الخياط عبدا ليخيطه فترك الخياطة لعمل الصرف لان العامل ثمة شخصان فامكنهما كما فى الهداية* وفى الفرائد* وفيه بحث لانه يمكن ان يعمل العمل الآخر فيه مكان عمل الخياطة فلا يلزم الجمع بين العملين* اه* لكن يمكن ان يجاب بان المكان الذى تعمل فيه الخياطة لا يمكن ان يعمل فيه عمل آخر فى اكثر البلاد عادة فيلزم العذر (وكذا لو استأجر عقارا ثم اراد السفر) فهو عذر لما فيه من المنع عن السفر وفيه ضرر تعطيل مصالح السفر او الزام الاجر بدون الانتفاع* بخلاف ما اذا آجر عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبة الموجر (وتنفسخ) الاجارة بلا حاجة الى الفسخ (بموت احد العاقدين) اى احد من الآجر والمستأجر* وعند الائمة الثلاثة لا يبطل بموت احدهما ولا بموتهما كالبيع* ولنا ان المنافع والاجرة صارت ملكا للورثة والعقد السابق لم يوجد منهم فينتقض (عقدها لنفسه) فالجملة حال عن احد اى حال كون احد العاقدين قد عقدها لنفسه او صفة لعدم تعرفه بالاضافة على

طريقة قوله « والقدام على الاثم يسبني » لان المعرف بلام العهد الذهني وما اضيف اليه في حكم النكرة (فان عقدها) اى الاجارة (لغيره فلا) تنفسخ الاجارة لموته (كالوكيل) يعقدها لموكله (والوصى) وكذا الاب والقاضى يعقدها لمحجوره (ومتولى الوقف) يعقدها للوقف لان الموجر والمستأجر باقيان فلا يلزم ما مر من عدم الجواز لانعدام الانتقال * حتى لو مات المعقود عليه بطلت * ولو مات احد المستأجرين او احد الموجرين بطلت الاجارة في نصيبه وبقيت في نصيب الآخر * وقال زفر تبطل في نصيب الحى ايضا لانها اجارة المشاع * ولنا ان عدم الشيوع شرط في ابتداء العقد لا في بقائه

مسائل منثورة

اى هذه مسائل متفرقة على ابواب الاجارة قد تذكر كما اوجمها في آخر الكتاب (ولو احرق) المستأجر (حصائد ارض مستأجرة او مستعارة) وهى جمع حصيدة وهى ما يحصد من الزرع والنبت * والمراد هنا ما بقى من اصول القصب المحصود في الارض (فاحترق) بسببه (شئ في ارض غيره لا يضمن) لانه غير متعد في التسبيب فلم يوجد شرط الضمان لان فعله وقع في ملك نفسه كمن حفر بئرا في داره فوقع انسان لا ضمان عليه (ان كانت الريح هادئة) حين اوقد النار ثم تحركت لانه لا صنع له * والهادئة من هدأ بالهمزة اى سكن * وفي بعض النسخ هادنة من هدن اى سكن (وان كانت الريح (مضطربة ضمن) لانه قد فعل مع علمه بعاقبته فافضى اليها فجعل كمباشر * وهذا القول الذى ذكره من تفصيل الهادئة والمضطربة اختيار شمس الائمة السرخسى كما في اكثر المعتبرات * وفي التنوير « بنى المستأجر تنورا او دكانا في الدار المستأجرة واحترق بعض بيوت الجيران او الدار لا ضمان عليه مطلقا اى سواء بنى باذن صاحب الدار او لا الا ان يجاوز ما يصنعه الناس » وفي التبيين « لو وضع جمرة في الطريق فاحرقت شيأ ضمن لانه متعد بالوضع * ولو رفعته الريح الى شئ فاحرقته لا يضمن لان الريح نسخت فعله * ولو اخرج الحداد الحديد من الكور في دكانه فوضعه على العلاة وضربه بمطرقة وخرج شرار النار الى طريق العامة واحرق شيأ ضمن ولو لم يضربه * ولكن اخرج الريح شيأ لم يضمن * ولو سقى ارضه سقيا لا تحتمله الارض فتعدى الى ارض جاره ضمن » (ولو اقعد خياط او صباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف صح) هذا الفعل لان صاحب الدكان قد يكون ذا جاه وحرمة ولا يكون حاذقا في العمل فيقعد حاذقا يطرح عليه العمل وكان القياس ان لا يجوز لانه استأجره بنصف ما يخرج من عمله وهو مجهول * لكنه جاز استحسانا لان احدهما يقبل العمل بالوجاهة والآخر يعمل بالحذاقة فبذلك تنتظم المصلحة * ولا تضره الجهالة الحاصلة من الكسب * قيل لان تخصيص العمل باحدهما لا يدل على نفى العمل عن الآخر فاذا تقبل احدهما العمل والآخر يعمل يجوز كما يجوز في شركة الصنائع والتقبل لعدم الجهالة المفضية الى النزاع * قال صاحب الهداية « هذه شركة الوجوه » وقال العينى في شرح الكنز « وفيه نظر لان شركة الوجوه ان يشتركا على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا وليس شئ في هذه من بيع ولا شراء فكيف يتصور ان يكون شركة الوجوه » اهـ * لكن يمكن بان مراد صاحب الهداية بشركة الوجوه ليس ما هو المصطلح عليه المار في كتاب الشركة بل مراده بها ههنا

ماوقع فيه تقبل العمل بالوجاهة يرشدك اليه قوله « هذا بوجاهته يقبل وهذا بحذقته يعمل » ويمكن بوجه آخر انه اطلق عليه شركة الوجوه تغليبا لجهة الوجاهة على جهة العمل لكونها سببا تأمل (وكذ) صح (لو استأجر جملا يحمل عليه ٤ محملا وراكبين) بعقد ان فيه (الى مكة) استحسانا لان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع ومافيه من الجهالة تزول بالصرف الى المعتاد * فلهذا قال (وله) اى للمستأجر (المحمل المعتاد) بين الناس * والقياس ان لايجوز لجهالته وبه قال الشافعي (وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود) لانه اقرب لحصول الرضى (وان استأجره) اى الجمل (لحمل زاد فاكل) المستأجر (منه) اى من الزاد فى الطريق (فله) اى للمستأجر (رد عوضه) اى عوض ما اكل لان المستحق عليه حمل معلوم فى جميع الطريق فله استيفاؤه * وعند الشافعي فى الاظهر لا يرده * ولو شرط رده صح بالاجماع * ولو شرط عدمه لايصح بالاجماع (ولو قال لغاصب داره فرغها) اى الدار (والا) اى وان لم تفرغ (فاجرها كل شهر كذا فلم يفرغ) الغاصب بعد ذلك بل مكث فيها اياما (فعليه) اى الغاصب (المسمى) اى الذى سماه له المالك من الاجر اوجود الالتزام بسبب عدم التفريغ (فان جحد الغاصب ملكه) اى كون الدار ملك من يدعيها (اولم يجحد لكن قال لااريدها) اى الدار (بالاجرة فلا) عليه المسمى لانه حينئذ لايكون ملتزما بالاجارة (وان) وصلية (برهن) المدعى (على ملكه بعد جحده) اى بعد جحود الغاصب لان البينة بعد ذلك لاتفيد فى حق الاجارة * وكذا لايلزم عليه الاجر اذا اقر بالملك له * لكن قال له لااريد بالاقرار الاجر لعدم رضائه صريحا بالاجارة (ومن آجر مااستأجره باكثر) من الاجر الاول (تصدق بالفضل) « لانه ربح مالم يقبضه * وعند الشافعي يطيب له الفضل * هذا اذا كانت الاجرة الثانية من جنس الاولى لانه لو لم تكن من جنسها طاب الفضل اتفاقا ذكره الطحاوى » كما فى شرح المجمع * قال المولى خسرو « جاز للمستأجر ان يوجر الاجير من غير موجره * ولايجوز ان يوجره لموجره لان الاجارة تمليك المنفعة والمستأجر فى حق المنفعة قائم مقام الموجر فيلزم تمليك المالك » وفى المنح تفصيل فليراجع * وفى الدرر « وكله لاستئجار دار ففعل وقبض الوكيل ولم يسلمها الى الموكل حتى مضت المدة رجع الوكيل بالاجر على الآمر * كذا ان شرط تعجيل الاجر وقبض الوكيل ومضت المدة ولم يطلب الآمر وان طلب الآمر وابى ليعجل لا يرجع » (وتصح الاجارة) حال كونها (مضافة) الى زمان فى المستقبل بان قال مثلا اذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار بكذا الى سنة * هذا عندنا لان مطلقها يقع مضافا لان انعقادها يتجدد بحسب مايحدث من المنفعة على ما عرف فوقوع المقيد اولى بالجواز * خلافا للشافعي لان المنفعة عنده كالعين فاشبه بيع العين (وكذا) يصح (فسخها) اى فسخ الاجارة كما اذا قال فاسختك هذه الاجارة رأس الشهر الآتى * ولو قال اذا جاء رأسه فقد فاسختك لم يجز * وقال السرخسي جاز والفتوى على الاول * وفى العمادى انه لايصح اجماعا (و) كذا تصح (المزارعة والمعاملة) اى المساقاة ايضا بالاضافة كما اذا قال دفعت اليك هذه الارض او الاشجار للزراعة او العمل فيها بعد شهر من هذا الوقف لان كلا منها

٤ المحمل بفتح الميم الاولى وكسر الثانية وعلى العكس الهودج الكبير الحاجى * منه

اجارة (و) كذا (المضاربة) كما اذا دفع عشرة دراهم الى فلان وقال بعد ما صارت بالعشرة عشرين اعمل به مضاربة بالنصف فانه لم يصر مضاربا الا عند صيرورتها عشرين درهما (و الوكالة) كما اذا قال بع عبدى غدا فانه يصير وكيلا لا يصح تصرفه الا بعد الغد واختلف فى العزل قبله * وصح الرجوع اجماعا بشرط علم الوكيل لانهما من باب الاطلاق كالطلاق والعتق والوقف (والكفالة) بان قال ماذاب لك على فلان فعلى لانها التزم المال ابتداء فيجوز اضافتها (و الايصاء) اى جعل الغير وصيا بان قال * اذا مت فانت وصيى فيما اخلف * اذ الايصاء لا يتصور فى الحال الا اذا جعل مجازا عن الوكالة (والوصية) بان قال ثلث مالى لفلان لانها تمليك بعده (و القضاء والامارة) كما بيناه فى القضاء (والطلاق) بان قال لامرأته ان قدم فلان فانت طالق لا تطلق حتى يجئ (والعتق) بان قال لعبده انت حر اذا جاء رأس الشهر (والوقف) كما اذا قال ارضى هذه موقوفة غدا * وفى القهستانى * ولا تصح العارية والاذن فى التجارة مضافين كما فى العمادى * وفيه اشعار بانه لم يصح تعليق كل منها وقد صح تعليق المزارعة والمساقاة كما فى النهاية و ينبغى ان لا يصح فسخ كل منها غير الاجارة مضافا * ه (لا) يصح كل واحد من (البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وابراء الدين) * حال كونه مضافا الى زمان فى المستقبل لان هذه الاشياء تمليك وقد امكن تنجيزها للحال فلا حاجة الى الاضافة كما فى التبيين وفى التنوير * فسخ العقد بعد تعجيل البدل فللمعجل حبس البدل حتى يستوفى مال البدل * ذكره الزيلعى استأجر مشغولا وفارغا صح فى الفارغ فقط المستأجر فاسدا اذا آجر صحيحا جازت * وقيل لا * وفى الغرر * استأجر لا يكون خصما لمدعى الاجارة والرهن والشراء بخلاف المشترى

كتاب المكاتب

اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعنى قولنا بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقولنا بطريق الاصالة خرج به النكاح والعتاق على مال * فان ذكر العوض فيهما ليس بطريق الاصالة ه قيل الانسب ان يذكر عقيب العتاق لان الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من احكام العتق ايضا لكن لا نسلم ذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك لشخص ومنفعة لغيره وهو انسب للاجارة لان نسبة الذاتيات اولى من العرضيات * كما فى العناية لكن فى حاشية المولى سعدى كلام فليطالع * والمكاتب هو مفعول من كاتب مكاتبة والمولى مكاتب بكسر التاء واصله من الكتب وهو الجمع ومنه كتبت القربة اذا احرزتها والكتيبة هى الطائفة المجتمعة من الجيش والكتاب لانه يجمع الابواب والفصول والكتابة لانها تجمع الحروف ويسمى هذا العقد كتابة ومكاتبة لان فيه ضم حرية اليد الى حرية الرقبة او لان فيه جمعا بين نجمين فصاعدا او لان كلا منهما يكتب الوثيقة (الكتابة) فى اللغة مصدر كتب وفى الشرع (تحرير المملوك يدا) اى من جهة اليد (فى الحال ورقبة) اى من جهة الرقبة (فى المآل) اى فى المستقبل لان المكاتب

ه القائل صاحب غاية البيان منه

لايتحرر رقبة الا اذا ادى بدل الكتابة * واما فى الحال فهو حر من جهة اليد فقط حتى يكون احق بكسبه ويجب على المولى الضمان بالجناية عليه او على ماله * ولهذا قيل المكاتب طار عن ذل العبودية ولم ينزل فى ساحة الحرية فصار كالنعامة ان استطير تباعر وان استحمل تطاير * ثم شرط الكتابة ان يكون الرق قائما بالمحل وان يكون البدل معلوم القدر والجنس * وسببها رغبة المولى فى بدل الكتابة عاجلا وفى ثواب العتق آجلا ورغبة العبد فى الحرية * وركنها الايجاب والقبول * وحكمها من جانب العبد فكاك الحجر وثبوت حرية اليد فى الحال حتى يكون العبد اخص بنفسه وكسبه من مولاه * والفاظها كاتبتك على كذا اومايقوم مقامه (فمن كاتب مملوكه ولو) وصلية (صغيرا يعقل) قيده لانه اذا لم يعقل العقد لايجوز اتفاقا * لانه ليس باهل للقبول والعقد موقوف عليه (بمال حال) بان يؤدى البدل عقيب العقد (او) بمال (مؤجل) بان يؤدى كله فى مدة معلومة (او) بمال (٦منجم) بان يؤدى فى كل شهر مقدارا معلوما من البدل * الاولى بالواو كما فى النهاية حيث قال « وكون بدلها منجما ومؤجلا فليس بشرط عندنا » تدبر (فقبل) المملوك ذلك (صح) العقد عندنا لاطلاق قوله تعالى « فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا » الآية فتتناول جميع ماذكرنا من الحال والمؤجل والمنجم والصغير والكبير وكل من يتأتى منه الطلب ولانه عقد معاوضة والبدل معقود عليه فاشبه الثمن فى عدم اشتراط القدرة عليه لان توهم القدرة كاف هنا كما فى البيع * وقيل يمكن ان يستقرض فيقدر على الاداء ولو كان مديونا للغير وقال الشافعى لاتجوز كتابة الصغير لانه ليس باهل للتصرف وكذا لاتجوز عنده الامنجما واقله نجمان ليتمكن من التحصيل اذا القدرة على التسليم شرط لصحة العقد لكن قيد التأجيل زيادة على النص فرد كما فى سائر المعاوضات « والامر فى هذه الآية ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح وفى الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه واما الندبية فمعلقة به والمراد بالخير المذكور على ماقيل ان لايضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضربهم فالافضل ان لايكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال فلابد من التزامه ولايعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام المكاتب عبد مابقى عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضى الله تعالى عنهم وما اخترناه قول زيد بن ثابت « ويعتق بادائه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما فى البيع « خلافا للشافعى » ولايجب حط شئ من البدل اعتبارا بالبيع « كما فى الهداية » وقال الشافعى يجب عليه حط ربع البدل (وكذا لو قال) المولى (جعلت عليك الفا تؤديه نجوما) اى متفرقا على النجم (اولها) اى اول النجوم (كذا) من الدرهم (و آخرها كذا) منها (فاذا اديته) اى الالف (فانت حر وان عجزت فقن) اى فانت قن على حالك (فقبل) العبد ذلك صح العقد وصار مكاتبا « والقياس ان لايجوز لان فيه تعليق العتق باداء المال وهو لايوجب الكتابة « وجه الاستحسان ان العبرة للمعانى وقد اتى بمعنى الكتابة مفسرا فينعقد به « قيل قوله جعلت عليك يحتمل عقد الكتابة ويحتمل الضريبة على عبد فلا تتعين

٦ قيل النجم الطالع فى الاصل ثم سمى الوقت مجازا ثم سمى به مايؤدى فيه من الوظيفة

جهة الكتابة الا بقوله فان اديته فانت حر فيكون قوله وان عجزت فقن حثا للعبد على الاداء (و لو قال) المولى (اذا اديت الى الفا كل شهر مائة فانت حر فهو تعليق) يعنى يكون اعتاقا بالمال لا بالمكاتبة فى رواية ابى حفص قال فخر الاسلام وهو الاصح لان التنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها لانه يدخل فى سائر الديون وقد تخلو الكتابة عنه ولم يوجد لفظ يختص بالكتابة ليكون تفسيرا لها فلا يكون مكاتبا (وقيل مكاتبة) وهو رواية ابى سليمان * لان التنجيم يدل على الوجوب لانه يستعمل للتيسير وذلك فى المال ولا يجب المال الا بالكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا فى الكتابة (واذا صحت الكتابة خرج) المكاتب (عن يد المولى) لان موجب الكتابة مالكية اليد فى حق المكاتب * ولهذا ليس له المنع من الخروج والسفر (دون ملكه) اى لا يخرج من ملك المولى لما رويناه * ثم فرع عليه بقوله (فان اتلف) المولى (ماله) اى مال المكاتب (ضمنه) اى ضمن المولى ما اتلفه لكونه اجنبيا فى مال كسبه (وكذا) ضمنه (ان وطئ) المولى (المكاتبة) اى يغرم العقر لانها تخرج بعقد الكتابة من يد المولى فصار كالاجنبى فى حق نفسها (او جنى) المولى (عليها) اى على المكاتبة (او على ولدها) اى يغرم المولى ارش الجناية لها ولولدها لكونه اجنبيا فى حقها وولدها (وان كاتبه) اى ان كاتب المولى عبده (على ٣ قيمته) بان قال كاتبتك على قيمتك (فسدت) الكتابة لان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولان الكتابة على القيمة تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة (فان اداها) اى القيمة (عتق) العبد لكونها بدلا معنى (وكذا تفسد) الكتابة (لو كاتبه على عين لغيره) بان قال كاتبتك على هذا العبد وهو مملوك لغيره (تتعين) صفة عين (بالتعيين) كالثوب والعبد وغيرهما من المكيل والموزون غير النقدين فى ظاهر الرواية لعدم القدرة على تسليم ملك الغير * وعن الامام يجوز ان قدر على تسليمها بان يملكها * وفيه اشارة الى انه لو كاتب على دراهم او دنانير بعينها وهى لغيره جاز لانها لا تتعين فى المعاوضات فيتعلق بدراهم دين فى الذمة لا بدراهم الغير فيجوز (او على مائة) دينار (ويرده) السيد (عليه) اى العبد (عبدا غير معين) اى او كاتبه على مائة على ان يرده سيده عبدا بغير عينه بان قال اد الى مائة دينار على ان تأخذ منى عبدا بغير ان عينه فانت حر فالكتابة فاسدة عند الطرفين بناء على ان استثناء العبد من المائة لا يصح لانعدام شرطه وهو المجانسة وانما يصح استثناء قيمته ولكنها مجهولة لاختلاف المقومين فيها (وعند ابى يوسف يجوز) الكتابة (وتقسم المائة على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط فيسقط قسط العبد) اى حصته (والباقى) من المائة بعد حصته (بدل الكتابة) يعنى اذا كان بدل الكتابة مائة وقيمة المكاتب خمسين وقيمة العبد خمسين يجب على المكاتب اداء خمسين ويسقط خمسون لان كل ما جاز ايراد العقد عليه جاز استثناؤه منه وتجوز الكتابة على عبد فكذا يجوز استثناؤه * هذا فى عبد غير معين * حتى لو شرط ان يرد عبدا معينا صح اتفاقا (وان كاتب المسلم) عبده (بخمر او خنزير فسد) العقد سواء كان العبد مسلما او كافرا لانهما ليسا بمال فلا يصلحان للعوض

٣ ولم يذكر ان القيمة بماذا تعرف * قيل تعرف باحد الامرين اما بان يتصادقا على ان ما ادى قيمته فيثبت كون المدعى قيمته بتصادقهما * واما بتقويم المقومين فان اتفق الاثنان منهم على شئ جعل ذلك قيمة له * وان اختلفا لا يعتق ما لم يؤد اقصى القيمتين * كما فى العناية قوله * واما بتقويم المقومين * محل تأمل * منه

فى عقد المعاوضة * وكذا لو كان المولى ذميا والعبد مسلما لان اسلام احد الطرفين يمنع صحة العقد (فان اداه) اى ان ادى المكاتب الخمر او الخنزير (عتق) العبد (ولزمه قيمة نفسه) هذا فى ظاهر الرواية سواء اتى بالشرط بان قال ان اديت الخمر فانت حر اولم يأت به لانهما مال فى الجملة وان لم يكن لهما قيمة فى حق المسلمين * وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل فى الكتابة الفاسدة هو القيمة * وعن ابى يوسف انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى * وعن الطرفين انه يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها الى فانت حر باعتبار انه معلق بالشرط وقد وجد الشرط (والكتابة على ميتة ودم باطلة) لانهما ليسا بمال اصلا عند احد (فلا يعتق باداء المسمى) لعدم انعقاد الكتابة ببطلانهما فلا يلزم على المكاتب شئ * وفى الاختيار * ولو علق العتق باداهما عتق بالاداء لوجود الشرط (وتجب القيمة) اى قيمة العبد (فى) الكتابة (الفاسدة) لان الواجب رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعقد فوجب رد قيمته بالغة ما بلغت لان المولى لم يرض النقصان والعبد رضى بالزيادة لئلا يبطل حقه فى العتق لان عتقه اولى له من الرقبة الى آخر عمره * وعن هذا قال (ولا تنقص) القيمة (عن المسمى) لما مر ان المولى لم يرض بالنقصان (وتزاد) القيمة (عليه) اى على المسمى ان كانت زائدة عليه فيسعى فى قيمة نفسه بالغة ما بلغت لما مر * قيل هذه المسئلة متعلقة بمسئلة الخمر لان بدل الكتابة فى الفاسدة هو قيمة المكاتب * وقيل هذه مسئلة مبتدأة لا تعلق لها بمسئلة الخمر لان وضع المسئلة فيما اذا كاتب عبده بالف على ان يخدمه ابدا فالعقد فاسد فتجب القيمة فان كانت ناقصة عن الف لا تنقص وان زائدة زيدت عليه * وقيل هذه مسئلة لها نوع تعلق بما قبلها غير مختصة لان القيمة فى الكتابة الفاسدة من جنس المسمى فقيمة المكاتب ان كانت ناقصة عن المسمى لا تنقص منه وان زائدة زيدت عليه (وصحت) الكتابة (على حيوان ذكر جنسه) فقط كالعبد والفرس (لا وصفه) كالجيد والردى ولا بد للمصنف ان يذكر النوع بان يقول ولا نوعه كما فى اكثر المعتبرات * لان الكتابة بدون ذكر النوع كالتركى والهندى جائزة لانها مبادلة مال بمال من حيث ان العبد مال فى حق المولى ومبادلة مال بغير مال من حيث ان العبد ليس بمال فى حق نفسه فتقع الكتابة بين الجواز والفساد فحمل على الجواز * فالجهالة بعد ذكر الجنس لا تضر لكونها يسيرة لان مبناها على المسامحة * وقال الشافعى لا يجوز هذا العقد للجهالة (ولزم) المكاتب (الوسط) اى الحيوان الوسط (او قيمته) اى قيمة الوسط لان كل واحد اصل من وجه فالعين اصل تسمية والقيمة اصل ايضا لان الوسط لا يعلم الا بها فاستويا فيخير ويجبر المولى على قبول ما ادى (وصح كتابة كافر عبده الكافر بخمر مقدر) لانها مال عندهم بمنزلة الخل عندنا * وانما قال مقدر ولم يقل مقدرة بناء على ما قاله صاحب القاموس انه قد يذكر (واى) من السيد وعبده (اسلم فللسيد قيمتها) اى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها (وعتق) العبد (باداء عينها) اى الخمر لان الكتابة عقد معاوضة وسلامة احد العوضين لاحدهما توجب سلامة العوض الآخر للآخر * واذا ادى الخمر عتق ايضا لتضمن الكتابة تعليق العتق باداء الخمر اذ هى

(المذكورة)

المذكورة فى العقد* كافى الرمز* وفى شرح الطحاوى والتمرتاشى* او ادى الخمر لا يعتق واو ادى القيمة يعتق* وفى الغرر* وصحت على خدمة شهر للمولى او لغيره او حفر بئر او بناء دار اذا بين قدر المعمول والاجر بما يرفع النزاع* ٣ لا تفسد الكتابة بشرط الا ان يكون فى صلب العقد

باب تصرف المكاتب

(له) اى للمكاتب (ان يبيع ويشترى ويسافر) لانه لا يقدر على تحصيل البدل الا بها وقوله (وان) وصلية (شرط عدمه) اى عدم سفر المكاتب متصل بما قبله اى له ان يسافر وان شرط عليه المولى ان لا يخرج من البلد استحسانا لكونه شرطا مخالفا لمقتضى عقد الكتابة* وعند مالك والشافعى فى قول لا يسافر الا باذنه* وهو القياس (ويزوج امته) اى للمكاتب ان يزوج امته بالاجماع لما ان من باب الاكتساب باخذ المهر والخلاص عن نفقتها (و) له ان (يكاتب عبده) او امته استحسانا لكونها اكتسابا باخذ بدل الكتابة ايضا فيكون داخلا فى العقد كالبيع بل هو انفع منه لان الكتابة لا تزيل الملك الابعد وصول البدل والبيع يزيل قبل وصوله* وقال زفر ليس له ذلك* وهو القياس* به قال الشافعى واحد لان المآل هو العتق والمكاتب ليس من اهله (فان ادى) المكاتب الثانى بدل الكتابة (بعد عتق) المكاتب (الاول فولاؤه) اى المكاتب الثانى (له) اى للمكاتب الاول لانه صار اهلا بعد العتق (وان) ادى المكاتب الثانى بدل الكتابة (قبله) اى قبل عتق المكاتب الاول (فللسيد) اى ولاء المكاتب الثانى لسيد المكاتب الاول لتعذر جعل المكاتب معتقا له لعدم اهليته الاعتاق فخلفه فيه اقرب الناس اليه وهو مولاه* ولو ادى الاول بعد ذلك لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا يتحول عن المعتق الى غيره ولو اديا معا فولاؤهما للمولى لكونه اصلا (وليس له) اى المكاتب (ان يتزوج بلا اذن) من المولى لانه ليس من الاكتساب لما فيه من شغل ذمته بالمهر والنفقة* ويجوز باذنه لان الحجر لاجله فاذا اذن جاز (ولا) ان (يهب) لانها تبرع (ولو) وصلية (بعوض) لانها تبرع ابتداء (ولا يتصدق) لانه تبرع ايضا (الا بيسير) منهما لانهما من ضرورات التجارة (ولا يكفل) مطلقا سواء كان فى المال او فى النفس بامر او بغير امر لانها تبرع محض (ولا يقرض ولا يعتق ولو) وصلية (بمال) لانه ليس باهل (ولا يزوج عبده) لانه تعييب له ونقص لماليته لكونه شاغلا لرقبته بالمهر والنفقة (ولا يبيعه من نفسه) لان بيع العبد من نفسه اعتاق فلا يملكه (والاب والوصى فى رقيق الصغير) الذى تحت حجرهما (كالمكاتب) فى التصرفات المذكورة من تزويج الامة وكتابة رقيق الصغير لا على اعتاقه على مال ولا بيعه من نفسه ولا تزويج عبده (ولا يملك) العبد (المأذون شيأ من ذلك) عند الطرفين (وعند ابى يوسف له) اى للمأذون (تزويج امته* وعلى هذا الخلاف المضارب والشريك) شركة عنان ومفاوضة* لهما انهم لا يملكون شيأ مما ذكروا انما يملكون التجارة والتزويج والكتابة ليسا منها وهذا لان التجارة مبادلة المال بالمال والبضع ليس بمال وكذا المكاتبة لان المال مقابل بفك الحجر فى الحال وهو ليس بمال فلا يملكونه* وله انهم يملكون تزويج الامة لان فيه منفعة على ما بينا (وان اشترى المكاتب قريبه ولاد دخل فى كتابته) لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن

٣ وفى الهداية بطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن فى صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناها بالبيع فى شرط تمكن فى صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه فى البدل وبالنكاح فى شرط لم يتمكن فى صلبه هذا هو الاصل منه

اهلا للعتق فيجعل مكاتبا معه تحقيقا للصلة بقدر الامكان فيدخلون في كتابته تبعا له*واقواهم دخولا الولد المولود في الكتابة ثم الولد المشترى ثم الوالدان*وعن هذا يتفاوتون في الاحكام فان الولد المولود في الكتابة يكون حكمه كحكم ابيه حتى اذا مات ابوه ولم يترك وفاء يسعى على نجوم ابيه والولد المشترى يؤدى بدل الكتابة حالا والا يرد في الرق والوالدان يردان في الرق كما مات ولا يؤديان حالا ولا مؤجلا (ولو اشترى) المكاتب (ذا رحم محرم غير الولاد) كالاخ وابنه والعم وابنه (لا يدخل) فيجوز له بيعه عند الامام لان المكاتب لا ملك له حقيقة الا انه يقدر على الكسب فالمكاتب فقير كاسب*وهذه القدرة تكفي للصلة في قرابة الولاد لا في غيرها ولذا تجب نفقة الاولاد والوالدين على من يقدر على الكسب ولو كان فقيرا*واما نفقة الاخ والعم فتجب على الغنى لا على الكاسب الفقير (خلافا لهما) فانهما قالا يدخل في كتابته بالشراء فلا يجوز بيعه لان وجوب الصلة يشمل القرابة المحرمية ولذا يعتق على الحر كل ذى رحم محرم وتجب نفقتهم عليه ولا يرجع فيما وهبه لهم ولا تقطع يده اذا سرق منهم ونحو ذلك من الاحكام وعند الائمة الثلاثة لو اشترى بلا اذن السيد لا يكاتب ولا يصح شراؤه وبالاذن يصح*هذه المسئلة تذكر في العتاق فلو اقتصر على احديهما لكان اخصر (وان اشترى) المكاتب (ام ولده) اى امرأته المنكوحة المملوكة للغير (مع ولدها) منه (دخل الولد في الكتابة) تحقيقا للصلة كما مر (ولا تباع الام) لان الولد لما دخل في كتابته امتنع بيعه فتتبعه امه في امتناع البيع فامتنع بيعها لانها تبع له قال عليه السلام اعتقها ولدها ولا تدخل في كتابته حتى لا تعتق بعتقه ولم ينفسخ النكاح لانه لم يملكها فجاز له ان يطأها بملك النكاح وكذا المكاتبة اذا اشترت زوجها غير انها لها ان تبيعه كيف ما كان لان الحرية لم تثبت من جهتها كما في التبيين (وان لم يكن) الولد (معها) اى مع ام الولد (جاز بيعها) لعدم دخولها في كتابته قياسا عند الامام لان ما كسبه المكاتب متردد بين ان يؤدى وبين ان يعجز فان ادى الكل يتقرر له وان عجز يتقرر للمولى فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ وهو امومية الولد (خلافا لهما) فان عندهما لا يجوز بيعها لكونها ام ولده وبه قال الشافعي في قول (وولده) اى ولد المكاتب (من امته يدخل في كتابته) لانه بالدعوة ثبت نسبه منه فيتبعه في الكتابة (وكسبه) اى كسب الولد (له) اى للمكاتب لانه في حكم مملوكه وكان كسبه له*وكذا المكاتبة اذا ولدت ولدا فالحكم كما سبق (ولو زوج) المكاتب (امته من عبده ثم كاتبهما) اى كاتب المكاتب العبد والامة (فولدت) الامة (يدخل الولد في كتابة الام وكسبه) اى كسب الولد (لها) اى للام لان تبعية الام ارجح*ولهذا يتبعها في الحرية والرق كما مر في العتاق حتى لو قتله الولد تكون قيمته للام دون الاب (ولو نكح) اى تزوج (مكاتب بالاذن) اى باذن المولى (امرأة زعمت انها حرة فولدت) من المكاتب (فاستحقت) اى ثم استحقت بولدها (فولدها عبد) وكذا ان ولدت من عبد فولدها عبد عند الشيخين لكونه مولودا من المملوكين فيكون رقيقا اذ الولد يتبع الام في الرق والحرية كما مر اراو هو القياس*وتركناه هذا في ولد الحر باجماع الصحابة (رضيهم) لان حق المولى مجبور بقيمة واجبة في الحال بخلاف ولد المكاتب والعبد لان قيمته متأخرة الى العتق هكذا

(ذكروا)

ذكروا هنا * لكن فى التبيين هذا مشكل جدا فان دين العبد اذا لزمه بسبب اذن فيه المولى يظهر فى حق المولى ويطالب به للحال والموضوع هنا مفروض فيما اذا كان باذن المولى وانما يستقيم هذا اذا كان التزوج بغير اذن المولى لانه لا يظهر الدين فيه فى حق المولى فلا يلزم المهر ولا قيمة الولد فى الحال * اھ * لكن يمكن الجواب بانه ليس فيه دين كسائر الديون حتى يقاس عليه لان المولى اذن بالتزوج المقيد بكونها حرة لا مطلقا فالمغرور حينئذ هو العبد فلا يوجب ان يلزم على المولى ما يلزم على العبد عند كون ابنه حرا لان الغرم بالغنم ولا غنم للمولى حتى يجب الضمان ولان ولد المكاتب ليس فى معنى الحر لانه خلق من ماء الرقيق وولد الحر خلق من ماء الحر فافترقا من هذا الوجه فلا يلحق بولد الحر المغرور بالقياس والدلالة تدبر (وعند محمد) وزفر والائمة الثلاثة (حر) بالقيمة (وتؤخذ منه) اى من المكاتب (قيمته) اى قيمة الولد (بعد عتقه) لانه شارك الحر فى سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور فانه لم يرغب فى نكاحها الا لينال حرية الاولاد فيلحق بولد الحر المغرور الا ان قيمته تطالب بعد العتق كما فى اكثر الكتب * لكن فى التبيين * ولدها حر بالقيمة يعطيها المستحق فى الحال اذا كان التزوج باذن المولى وان كان بغير اذنه يعطيها بعد العتق ثم يرجع هو بما ضمن من قيمة الولد على الامة المستحقة بعد العتق ان كانت هى الغارة له * اھ * فعلى هذا يلزم المصنف التفصيل تتبع (وان وطئ المكاتب امة بملك) اى اذا اشترى المكاتب فوطئها (بغير اذن سيده) وانما اقتصر بغير اذنه مع ان المسئلة على حالها مع الاذن ليفهم منه ما اذا كان باذنه بالطريق الاولى (فاستحقت) اى الامة (اخذ منه) اى من المكاتب (عقرها فى الحال) من غير تأخير الى العتق (وكذا ان شراها) اى شرى المكاتب امة شراء (فاسدا فوطئها فردت) بحكم الفساد اخذ منه عقرها فى الحال ايضا من غير تأخير الى العتق (وان وطئها) اى المكاتب الامة (بنكاح) بان تزوجها بغير اذن المولى فاستحقت (لا يؤخذ منه) العقر (الا بعد عتقه) بالاجماع * والفرق ان فى الوجهين الاولين ظهر الدين فى حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة والعقر من توابعها وفى الوجه الثانى لم يظهر لان النكاح ليس من الاكتساب فى شئ فلا تنتظمه الكتابة فلا يظهر فى حق المولى كما فى اكثر الكتب * وقال صدر الشريعة ولقائل ان يقول العقر ثبت بالوطئ لا بالشراء والاذن بالشراء ليس اذنا بالوطئ والوطئ ليس من التجارة فى شئ فلا يكون العقر ثابتا فى حق المولى * اھ * وقال يعقوب باشا * هذا القول ليس بظاهر لان وجوب العقر مبنى على سقوط الحد وسقوطه مبنى على الملك والملك مبنى على الشراء وهو مأذون فيه فيكون مأذونا فيما يتعلق به * اھ * لكن الاذن بالشئ انما يكون اذنا بما يتعلق به اذا كان ما يتعلق به من لوازمه والوطئ ليس كذلك * فالاظهر ان الوطئ وان لم يكن من التجارة فى شئ لكن سببه الذى هو الشراء منها وتنزيل السبب منزلة المسبب من القواعد المقررة عندهم تأمل (ومثله) اى مثل المكاتب فى الحكم المذكور (المأذون) له (فى التجارة) قيل هذا اذا كانت الامة المنكوحة ثيبا اما لو كانت بكرا يؤخذ بالعقر حالا * وكذا لو نكحها باذن مولاه يؤخذ بالمهر فى الحال

فصل

(واذا ولدت المكاتبة من مولاها) فلها الخيار ان شاءت (مضت على الكتابة او) ان شاءت (عجزت) من التعجيز (نفسها) مفعول عجزت لانه تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وهي الكتابة وآجلة بغير بدل وهي امومية الولد فنختار ايهما شاءت (وهي) اى المكاتبة (ام ولده) سواء صدقته اذا ادعى او كذبته لان للمولى حقيقة الملك في رقبتها ولها حق الملك والحقيقة راجحة فثبت من غير تصديق * بخلاف ما اذا ادعى ولد جارية المكاتب حيث لا يثبت النسب من المولى الا بتصديق المكاتبة بخلاف ما اذا ادعى جارية ابنه يثبت نسبه بمجرد الدعوى ولا يحتاج الى تصديق الابن (واذا مضت على الكتابة) يعنى اذا اختارت الكتابة ومضت عليها (اخذت) اى ام الولد (منه) اى من مولاه (عقرها) اى مهر مثلها لانها مختصة بنفسها بالكتابة فصار المولى كالاجنبى في حق نفسها (وان مات المولى) بعد مضيها على الكتابة (عتقت) بالاستيلاد (وسقط عنها البدل) لان كتابتها بطلت وانتفت الفائدة في ابقائها لانها تعتق مجانا من جهة كونها ام ولد (وان ماتت) المكاتبة (وتركت مالا اديت منه) اى من المال (كتابتها ومابقي) من المال (ميراث لابنها) لثبوت عتقها في آخر جزء من حياتها وان لم تترك مالا فلا سعاية على هذا الولد لانه حر * قيل لو قال لولدها لكان اشمل للبنت اه * لكن الابن يأخذ جميع المال وليست البنت كذلك لانها تأخذ النصف والآخر للمولى ومراد المصنف ما يأخذ الجميع وهو الابن فقط لانه قال ومابقي اى مجموع مابقي تأمل (ولا يثبت نسب من تلده بعده) اى بعد الولد الاول (بلا دعوة بل هو مثلها) اى مثل ام الولد (في الحكم) لحرمة وطئها عليه وولد ام الولد انما يثبت نسبه من غير دعوة اذا لم يحرم على المولى وطؤها وان حرم فلا يلزمه حتى اذا عجزت نفسها او ولدت بعد ذلك في مدة يمكن العلوق بعد التعجيز ثبت نسبه من غير دعوة الا اذا نفاه صريحا كسائر امهات الاولاد ولو لم يدع الولد الثاني وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد في بدل الكتابة لانه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطلت عنه السعاية لانه في حكم امه (وان كاتب) شخص (مدبره او ام ولده صح) ما فعله من الكتابة لقيام الملك فيهما وان كانت ام ولد غير متقومة عند الامام (فان مات) المولى (عتقت) ام الولد المكاتبة (مجانا) اى بغير شئ لانها عتقت بالاستيلاد والبدل وجب لتحصيل العتق وقد حصل ويسلم لها الاولاد والاكساب لانها عتقت وهي مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فصار كما اذا اعتقها المولى في حال حياته (والمدبر) المكاتب (يسعى) بعد موت المولى (في) جميع (بدل كتابته) ان شاء (او) يسعى (ثلثي قيمته ان كان) المولى يموت (معسرا) عند الامام لانه استحق حرية الثلث ظاهرا فالانسان لا يلتزم المال في مقابلة ما يستحق حريته مجانا فيبقى البدل جميعا في مقابلة ثلثي الرقبة كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على الف يصير كل الالف في مقابلة الواحدة الباقية بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة لان البدل يقابل بكل الرقبة لا ثلثيها اذ لا استحقاق عند عقد الكتابة في شئ من الحرية (وعند ابي يوسف يسعى في الاقل من البدل او) من (ثلثي قيمته) لكون الاقل نافعا (وعند محمد يسعى في الاقل من ثلثي البدل او) من (ثلثي القيمة) لان المدبر يعتق ثلث رقبته مجانا تسقط حصته من بدل الكتابة كما تسقط

(ومن)

من قيمته فيبقى الثلثان من البدل فصار الاختلاف بينهم فى الخيار وفى المقدار لان ابايوسف مع الامام فى المقدار ومع محمد فى نفى الخيار فالخيار عند الامام فرع التجزى وعدم الخيار عندهما لعدم التجزى لمابين فى موضعه *وانماوضع المسئلة فى العسر لانه كان له مال غيره وهو يخرج من الثلث عتق وبطل كتابته (واذ دبر) المولى (مكاتبه صح) التدبير بالاجماع لانه يملك تنجيز العتق فيه فيملك التعليق بشرط الموت (ومضى عليها) اى على الكتابة ان شاء (او عجز) من التعجيز (نفسه وصار مدبرا) لان الكتابة عقد غير لازم فى حق العبد وان كان لازما فى حق المولى (فان مضى عليها) اى على الكتابة (فمات سيده) حال كونه (معسرا يسعى) المدبر (فى ثلثى البدل او) فى (ثلثى قيمته) عند الامام لان الاعتاق متجز فيسقط من بدل الكتابة الثلث فيختار منهما ماشاء (وعندهما يسعى فى الاقل من ثلثى كل منهما) لان العاقل يختار اقل الدينين ضرورة فالخلاف فى الخيار مبنى على تجزى الاعتاق وعدم تجزيه *اما المقدار هنا فمتفق عليه (وان اعتق مكاتبه عتق) لقيام الملك فيه (وسقط عنه بدل الكتابة) لانه التزمه ليحصل العتق وقد حصل بدونه (وان كوتب) العبد (على الف مؤجل فصالح على نصفه حالا صح) الصلح * والقياس ان لايجوز لانه اعتياض بالمال الحال عن الآجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا *وبه قال ابو يوسف وزفر والشافعى ومالك *كما فى عيون المذاهب *وجه الاستحسان ان الاجل فى حق المكاتب مال من وجه لانه لايقدر على الاداء الابالاجل دون وجه آخر وبدل الكتابة ليس بمال من وجه حيث لاتجوز الكفالة به دون وجه آخر فاستويا فى كونهما مالا وغير مال (وان مات مريض) وهو الذى قد كان (كاتب عبدا قيمته الف) فكاتبه (على الفين الى سنة ولامال له) اى للمريض (غيره) اى غير العبد (ولم يجز الورثة) ذلك (ادى العبد) المكاتب (ثلثى البدل حالا او) ادى (الباقى الى اجله) اى عند انتهاء اجله (او رد رقيقا) عند الشيخين * لان جميع المسمى بدل الرقبة وحق الورثة متعلق بجميع البدل فيصير مطلقا بكل البدل *ولذا يكون عتقه متعلقا باداء الكل فلا يجوز فى قدر الثلثين منه (وعند محمد) ان شاء (يؤدى ثلثى قيمته) وهى الف (للحال والباقى الى اجله او يرد رقيقا) لان المريض ليس له التأجيل فى ثلثى القيمة اذ لاحق له فيه *واما فى الزيادة فيجوز الترك فيصح التأخير (وان كاتبه على الف) الى سنة (وقيمته الفان ولم يجيزوا) اى الورثة (ادى ثلثى الحال او رد الى الرق اتفاقا) * يعنى انه يخير بين الامرين *لان المحاباة هنا حصلت فى القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما اى يصح تصرفه فى ثلث جميع قيمته فى الاسقاط والتأخير *لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير ايضا فلم يصح تصرفه فى ثلثى القيمة لافى حق الاسقاط ولافى التأخير *كما فى المنح (ومثلها) اى مثل الكتابة (البيع) *يعنى اذا باع المريض داره بالفين الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم يجز الورثة فعندهما يقال للمشترى اد ثلثى جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع *وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لافيما زاد عليه *كما فى الهداية (وان كاتب حر عن عبد بالف وادى) الحر الالف

(منه عتق ولا يرجع) الحر (به) اى بالالف (عليه) اى على العبد لكونه متبرعا اذالم يأمره بذلك * صورة المسئلة ان يقول الحر لولى العبد كاتب عبدك على الف درهم سواء شرط العتق بادائه بان قال ان اديت اليك فهو حر اولم يقل ذلك فكاتب المولى ثم ادى الحر الالف يعتق فى الصورتين * امافى الاولى فبحكم الشرط * واما فى الثانية فلعدم توقف الكتابة المزبورة على قبول الغائب فيما ينفعه وهو صحة اداء الحر القابل بعقد الكتابة استحسانا * وفى القياس لايعتق لان الشرط معدوم والعقد موقوف على قبول عبد الغائب فيما يضيره وهو وجوب البدل عليه والموقوف لاحكم له (وان قبل العبد) حين بلوغ الكلام عليه قبل اداء الحر (فهو) اى العبد (مكاتب) لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة * وانما قلنا قبل ادائه لانه ان قبل بعد اداء الحر فلايكون حكم المكاتب لوجود الحرية قبل ان قال العبد لااقبله ثم ادى القابل لايعتق لان العقد ارتدبرده (وان كاتب) المولى (عبدا عن نفسه وعن آخر غائب) بان قال الحاضر لمولاه كاتبنى بالف درهم على نفسى وعلى فلان الغائب فكاتبهما (فقبل) العبد الحاضر (صح) عقد الكتابة * والقياس ان لايجوز الاعن نفسه لولايته عليها ويتوقف فى حق الغائب لعدم الولاية عليه * وجه الاستحسان ان الحاضر اضاف العقد الى نفسه ابتداء فجعل نفسه اصيلا والغائب تبعا فيصح كامة كوتبت دخل اولادها تبعا حتى عتقوا بادائها ولايلزم عليها من البدل شئ (وقبول الغائب ورده لغو) اذلايتوقف فى حقه (و يؤخذ الحاضر بكل البدل) لان كل البدل عليه (ولا يؤخذ الغائب بشئ) من البدل لكون العقد نافذا على الحاضر * ولو اكتسب الغائب شيأ ليس للمولى ان يأخذه وليس له ان يبيعه من غيره * ولو ابرأه المولى اووهبه مال الكتابة لايصح لعدم وجوبه عليه * ولو ابرأ الحاضر اووهبه له عتقا جميعا * ولو اعتق الغائب سقط عن الحاضر حصته من البدل * وان اعتق الحاضر اومات سقطت حصة الحاضر وادى الغائب حصته حالا والاردقا (وايهما) اى اى واحد من الاثنين وهما الحاضر والغائب (ادى) بدل الكتابة (اجبر المولى على القبول) اى على قبول المدفوع اليه اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه (وعتقا) اى الحاضر والغائب جميعا لوجود الشرط فى حقهما وهو اداء بدل الكتابة (ولا يرجع احدهما على الآخر) بما ادى الى المولى من بدل الكتابة * اما الحاضر فلانه قضى دينا عليه واما الغائب فلانه ادى بغير امره (وكذالو كاتبهما) اى لو كاتب عبديه كتابة واحدة ان اديا عتقا وان عجزا ردا الى الرق ولا يعتقان الا باداء الجميع لان الكتابة واحدة وشرطها فيهما معتبر وايهما ادى اجبر المولى على القبول وعتقا (ولا يعتق احدهما باداء حصته) لانهما كشخص واحد (بخلاف مالو كانا) اى العبدان (لاثنين) * اى لرجلين وكاتباهما كذلك فكل واحد منهما مكاتب لحصته يعتق بادائها لان كل وحد من السيدين انما استوجب البدل على مملوكه ويعتبر شرطه فى مملوكه

لافى مملوك غيره بخلاف المسئلة الاولى لان شرطه معتبر فى حقهما لانهما مملوكاه كما فى الاختيار (ولو عجز احدهما) فى المسئلة الاولى فرد الى الرق اما باصطلاحهما اورده القاضى ولم يعلم الآخر (ثم ادى الآخر الكل عتقا) جميعا لامر انهما كشخص واحد « ولو ذكر هذه المسئلة عقيب الاولى لكان اوضح وانسب تدبر (وان كاتبت امة عنها وعن) ولدين (صغيرين لها جاز) العقد استحسانا اذا قبلت الامة (واى) واحد من الثلاثة وهم الام والابنان (ادى اجبر المولى على القبول اوعتقوا) لانها جعلت نفسها اصلا فى الكتابة واولادها تبعا ولو اعتق المولى الام بقى عليهما من بدل الكتابة بحصتهما يؤديانه فى الحال ويطالب المولى الام بالبدل دونهما « ولو عتقهما سقط عنها حصتهما وعليها الباقى على نجومها كما مر فى كتابة الحاضر والغائب (ولا يرجع على غيره) بشئ لكونه منتفعا بالاداء ومتبرعا فى حق الغير

باب كتابة العبد المشترك

بين الاثنين « ذكر كتابة المشترك بعد غير المشترك لان الاشتراك خلاف الاصل ولان المشترك من غيره كالمركب من المفرد (ولو اذن احد الشريكين فى عبده الآخر ان يكاتب حصته منه) اى من العبد (بالف) درهم (ويقبض البدل) اى بدل الكتابة (ففعل) المأذون اى كاتب الشريك المأذون (وقبض البعض) اى بعض البدل (فعجز المكاتب) عن اداء باقيه (فالمقبوض) من البدل (للقابض خاصة) عند الامام لان الكتابة متجزئة على قوله لافادتها الحرية يدا فيكون مقتصرا على نصيبه ودالا على اذن للعبد بالاداء اليه فيكون متبرعا فى نصيبه على القابض فيكون كل المقبوض له (وقالا) هو مكاتب (بينهما) وما ادى فهو بينهما لان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لان الكتابة لاتتجزى عندهما كالحرية فيكون القابض اصيلا فى بعض مقبوضه ووكيلا فى بعضه لشريكه فيصير المقبوض مشتركا بينهما بعد العجز كما كان مشتركا قبل العجز (امة) مشتركة (لرجلين كاتباها فاتت بولد فادعاه احدهما) اى ادعى احد الشريكين الولد (ثم اتت بآخر) اى بولد آخر (فادعاه) الشريك (الآخر فعجزت) الامة عن اداء البدل (فهى) اى الامة (ام ولد) الشريك (الاول) لان دعوته صحيحة لقيام ملكه وكون استيلاده غير متجز الا ان المكاتبة لاتقبل النقل من ملك الى ملك فتقصر امومية الولد على نصيبه كما فى المدبرة المشتركة وكذا دعوة الآخر صحيحة فى ولدها الثانى مادامت الامة باقية على الكتابة لقيام ملكه ثم ان الكتابة لما جعلت كأن لم تكن بسبب العجز وقع وطئ الآخر حقيقة فى ام ولد الغير وظهر ان كل الامة ام ولد للاول لزوال الكتابة المانعة من الانتقال ولتقدم وطئه (وضمن) الاول للثانى (نصف قيمتها) لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد (و) ضمن (نصف عقرها) لو وطئه جارية مشتركة (وضمن الثانى) للاول (تمام عقرها) لانه وطئ ام ولد الغير حقيقة (و) ضمن (قيمة الولد الثانى (وهو) اى الولد الثانى (ابنه) اى ابن الثانى لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه وحر بالقيمة كما عرف فى موضعه (وايهما) اى اى واحد من الشريكين (دفع العقر اليها) اى المكاتبة (قبل العجز جاز دفعه) لانه حقها

حال قيام الكتابة لاختصاصها بنفسها فاذا عجزت ترد الى المولى لانه ظهر اختصاصه بها هذا كله عند الامام (وعندهما) كل الامة ام ولد للاول حين ادعائه لان تكميل امومية الولد واجب بالاتفاق فيما امكن بناء على ان استيلاد المكاتبة غير متجز والتكميل ممكن بسبب فسخ الكتابة بالاستيلاد فيما لا يتضرر به المكاتبة فينتقل نصيب الثانى الى الاول كما ينتقل بفسخ الكتابة بالعجز و(لا يثبت نسب الولد) الثانى (من الثانى) لان وطئ الثانى صادف ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه (ولا يضمن) الثانى (قيمته) اى قيمة الولد ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة وهى شبهة انها مكاتبة بينهما (وحكمه) اى حكم الولد (كامه) يعنى يكون تابعا لامه فى الاستيلاد (ويضمن تمام العقر) لان الحد لا يعرى عن احد الغرامتين والحد مندرئ للشبهة فتحقق الغرامة (ويضمن الاول) للآخر (نصف قيمتها مكاتبة عند ابى يوسف) لانه يملك نصيب شريكه وهى مكاتبة سواء كان موسرا او معسرا لانه ضمان التملك (و) يضمن (الاقل منه) اى من نصف قيمتها (ومن نصف مابقى من البدل) اى بدل الكتابة (عند محمد) لان حق الآخر فى نصف الرقبة نظرا الى العجز وفى نصف البدل نظرا الى الاداء فللتردد يلزم اقلهما التيقنه * واذا انفسخت الكتابة فى حصة الشريك عندهما قبل العجز فكلها مكاتبة للاول بنصف البدل عند الشيخ ابى منصور وبكل البدل عند عامة المشايخ (ولو لم يطأ الثانى) الامة المكاتبة المشتركة بعد استيلاد الاول (بل دبرها فعجزت) عن الكتابة (بطل التدبير) بالاجماع لان الاول تملك نصيب شريكه بالعجز من وقت وطئه على مذهب الامام او تملك كلها بالاستيلاد قبل العجز على مذهبهما فالتدبير يقع فى ملك غيره (وهى) اى الامة (ام ولد الاول) لزوال الكتابة المانعة بالعجز ولزوم استكمال الاستيلاد (والولد له) اى للاول لصحة دعوته (وضمن) الاول لشريكه (نصف قيمتها) لتملكه بالاستيلاد (ونصف عقرها) لوقوع الوطئ فى المشتركة (ولو اعتقها احدهما) اى اعتق احد الشريكين الامة المكاتبة المشتركة حال كونه (موسرا فعجزت) عن الكتابة (ضمن المعتق لشريكه) نصف قيمتها ويرجع المعتق (به) اى بما ضمنه (عليها) اى على الامة لان الساكت عن التحرير يضمن المحرر وهو ايضا يضمنها عند الامام (خلافا لهما) اى قالا لا يرجع عليها اذ بالعجز صارت كانها لم تزل عن القنية وهذا الخلاف على ما مر ان الساكت اذا ضمن المعتق يرجع عنده لا عندهما (وان لم تعجز) الامة عن اداء البدل حال كون المعتق موسرا (فلا ضمان) عند الامام اذ بالاعتاق لم يتغير نصيب الساكت بناء على ان الاعتاق متجز عنده وهى مكاتبة قبل الاعتاق (وعندهما يضمن الموسر ويجب السعاية فى المعسر) لان الاعتاق لما كان لا يتجزى عندهما يعتق الكل فان كان المعتق موسرا يضمن للساكت قيمة نصيبه من المكاتبة وان كان معسرا تسعى الامة لان ضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار كما بين فى موضعه (لو دبر احد الشريكين ثم اعتق الآخر) حال كونه (موسرا ضمنه المدبر) بكسر الباء يعنى للمدبر ان يضمن المعتق نصف قيمته ان شاء (او استسعى العبد او اعتقه) اى خير المدبر بين الثلاثة عند الامام (وان عكسا) اى اعتقه احد الشريكين ثم دبره الآخر (فالمدبر)

بالكسر (يعتق او يستسعى) ولا يضمن عند الامام * ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء للامر في من مذهبه * و اذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر * ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثاقيمته قنا * كما في الهداية (وعندهما ان دبر الاول ضمن نصف قيمته موسرا او معسرا) لانه ضمان تملك فلا يختلف بهما (وعتق الآخر لغو) لان التدبير لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمة قنا لانه صادفه التدبير وهو قن (وان اعتق الاول ضمن) لشريكه نصف قيمته (لو) كان (موسرا او استسعى العبد او) كان (معسرا لان هذا ضمان الاعتاق) فيختلف باليسار والاعسار عندهما (وتدبير الآخر لغو) لان الاعتاق لا يتجزى فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده

باب العجز والموت

اى موت المكاتب وموت المولى * تأخير باب احكام هذه الاشياء ظاهر التناسب لان هذه الاشياء متأخرة عن عقد الكتابة (اذا عجز المكاتب عن نجم) اى مكاتب عجز عن اداء وظيفة مقطوعة من بدل الكتابة لما مر ان النجم في الاصل الطالع ثم سمى به الوقت ثم الوظيفة التي تؤدى في ذلك الوقت للملابسة بينهما (فان رجى له حصول مال) بان كان لهذا المكاتب على اخر دين يرجى ان يكون مقبوضا او مال يرجى قدومه (لا يعجل الحاكم بتعجيزه ويمهل يومين او ثلاثة ايام) نظرا للجانبين * والثلاثة هي المدة التى ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون المقر للقضاء وكشرط الخيار ونحو ذلك فلا يزاد عليه (والا) اى وان لم يرج له حصول مال (عجزه) الحاكم (وفسخ الكتابة ان طلب سيده او عجزه سيده برضاه) اى برضاء المكاتب * وان لم يرض به العبد فلا بد من القضاء بالفسخ عند الطرفين لان الكتابة عقد لازم تام فلا يفسخ الا بالقضاء او الرضاء كما في الرجوع عن الهبة وفي بعض الروايات ينفرد المولى بالفسخ كما في الكافي وللمولى حق الفسخ في الكتابة الفاسدة بلا رضاء العبد وللعبد حق الفسخ ايضا في الجائزة والفاسدة بغير رضاء المولى * كما في التنوير (وعند ابي يوسف لا يعجزه) اى لا يحكم الحاكم بعجزه (مالم يتوال عليه نجمان) لقول على رضى الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد الى الرق والاثر فيما لا يدرك بالقياس كالخبر ولهما ما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان مكاتبا له عجز عن نجم فرده الى الرق ولان المقصود بالعقد من جانب المولى تعيين المسمى عند انقضاء النجم الاول وانه قد فات فوجب تخييره كما لو توالى عليه نجمان * وهذا لان الكتابة قابلة للفسخ والاخلال بالنجم الواحد اخلال بما هو غرض المولى من الكتابة فوجب له حق الفسخ دفعا للضرر عنه كفوات وصف السلامة في المبيع * و في المضمرات ان الصحيح قولهما (واذا عجز) المكاتب (عادت اليه (احكام رقه) لان فك الحجر كان لاجل عقد الكتابة فلا يبقى بدون العقد (وما في يده) من الاكتساب (لمولاه) اذ ظهر انه كسب عبده بسبب عجزه (ويحل) في يد المكاتب (له) اى

للمولى (ولو) وصلية كان (اصله من صدقة) ولم يكن المولى مصرفا لصدقة زكاة كانت او غيرها لانه اخذه موضا عن العتق زمان الاخذ والمكاتب قد اخذه صدقة وهو من المصارف ومن الاصول المقررة ان تبدل الملك قائم مقام تبدل الذات اخذا لقوله عليه السلام لبريرة هي لك صدقة ولنا هدية كما مر وفي المنح ولا فرق على الصحيح بين ما اذا اداه الى المولى ثم عجز او عجز قبل الاداء* وفي العناية تفصيل فليراجع (وان مات) المكاتب (عن وفاء) اى ان مات وله مال يفي ببدل الكتابة (لا يفسخ) الكتابة (ويؤدى بدلها) اى بدل الكتابة (من ماله ويحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء) (حياته ويورث ما بقي من ماله) وهو قول علي وابن مسعود رضى الله عنهما وبه اخذ علماؤنا* لان الكتابة عقد معاوضة فلا تبطل بموته كما لا تبطل بموت مولاه اذ المعاوضة تقتضى المساواة* قال الجمهور ان المكاتب يعتق في آخر جزء من اجزاء حياته لان بدل الكتابة هو سبب الاداء موجود قبل الموت فيستند الاداء الى ما قبله فيجعل اداء نائبه كادائه ولان بدل الكتابة يقام في آخر عمره مقام التخلية وهو الاداء فيكون المولى مستحقا عليه قبل الموت وقال البعض ان المكاتب يعتق بعد الموت* وقال زيد بن ثابت رضى الله عنه* تفسخ الكتابة بموت المكاتب كما اذا لم يترك مالا وافيا* وبه اخذ الشافعي لفوات المحل (ويعتق اولاده الذين شراهم) في كتابته (او ولدوا في كتابته) متعلق بقوله شراهم وولدوا على التنازع* حتى او ولدوا قبل الكتابة لا يتبعون ولا يعتقون الا ان يكونوا صغيرين* وعن هذا قال (او) اولاده الذين (كوتبوا معه تبعا) بان يكونوا صغيرين (او قصدا) بان يكونوا كبيرين ولكن كوتبوا معه لان الصغيرين يتبعون الاب في الكتابة والكبيرين يجعلون مع الاب كشخص واحد فيعتقون ويرثون* اما لو كان الاب والولد مكاتبين بعقد على حدة يعتق من وقت اداء بدل الكتابة مقصورا عليه ولا يرث لانه مقصود بالكتابة كما في شرح الوقاية لابن الشيخ (وان لم يترك وفاء) اى ان مات المكاتب ولم يترك مالا يفي ببدل الكتابة (وله ولد ولد في كتابته سعى) الولد في كتابة ابيه كما كان يسعى ابوه (على نجومه) اى على نجوم ابيه المقسطة (فاذا ادى) الولد الكتابة (حكم بعتقه) اى بعتق الولد لانه داخل في كتابة ابيه فيعتق بعتقه (وعتق ابيه قبل موته) يعنى في آخر جزء من اجزاء حياته (والولد المشترى) اى الولد الذى اشتراه المكاتب في كتابته ومات (اما ان يؤدى) البدل (حالا او يرد في الرق) عند الامام لان حكم العقد لم يسر اليه لكنه اذا ادى في الحال فقد ظهر ان اباه مات عن وفاء وان الكتابة باقية وانه مات حرا (وعندهما هو) اى الولد المشرى (كالاول) اى كالمولود في الكتابة لكونه مكاتبا بتبعية الاب وبه قال مالك* وفي التنوير اشترى المكاتب ابنه فمات عن وفاء ورثه ابنه* (وان مات المكاتب وترك ولدا من) امرأة (حرة و) ترك (دينا على الناس فيه وفاء) ببدل الكتابة (فجنى الولد فقضى) اى قضى القاضى (بارش الجناية على عاقلة الام لا يكون ذلك قضاء بعجز المكاتب) لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لانها تقتضى الحاق الولد بموالى الام وايجاب الدية عليهم* لكن على وجه يحتمل ان يعتق فينجر الولاء الى موالى الاب والقضاء بما يقرر حكم الكتابة لا يكون تعجيزا عنها (وان اختصم موالى الام و) موالى (الاب

فی ولائه فقضی به) ای قضی القاضی بالولاء (لموالی الام فهو قضاء بعجزه) ای المکاتب لان هذا اختلاف فی الولاء مقصودا وذلك یبنی علی بقاء الکتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء علی موالی الام واذا بقیت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الی موالی الاب وهذا فصل مجتهد فیه فینفذ ما یلاقیه القضاء ولهذا کان تعجیزا « وهذا کله فیما اذا مات المکاتب عن وفاء فادیت الکتابة او عن ولد فاداها * اما اذا مات لا عن وفاء ولا عن ولد فاختلفوا فی بقاء الکتابة * قال الاسکاف « تنفسخ حتی لو تطوع انسان باداء بدل الکتابة عنه لا یقبل منه » وقال ابو اللیث لا تنفسخ ما لم یقض بعجزه حتی لو تطوع به انسان عنه قبل القضاء بالفسخ جاز ویحکم بعتقه فی آخر حیاته » کما فی شرح الکنز للعینی (ولو جنی عبد فکاتبه سیده) حال کونه (جاهلا بجنایته فعجز) العبد عن الکتابة فالمولی بالخیار ان شاء (دفع) العبد بالجنایة الی المجنی علیه (او فدی) العبد بالارش لانه الموجب لجنایة العبد فی الاصل ولم یکن عالما بالجنایة حتی یصیر مختارا للفداء * ولهذا قیده بکونه جاهلا لکن الکتابة مانعة للدفع فاذا زال المانع عاد الحکم الاصلی (وکذا) الحکم (لو جنی المکاتب فعجز) عن الکتابة (قبل القضاء به) ای بموجب الجنایة لانه لما عجز صار قنا وحکم جنایة القن یخیر فیه المولی بین الدفع والفداء علی ما عرف فی موضعه (ولو) عجز (بعد ما قضی علیه) ای علی المکاتب (به) ای بموجب الجنایة فی حال کتابته فعجز (فهو) ای موجب الجنایة (دین) علیه و (بیاع) العبد (فیه) لانتقال الحق من رقبته الی قیمته بالقضاء * هذا عند نا لما مر من الاصل فی جنایة العبد وجوب الدفع الا اذا تعذر التسلیم لوجود المانع عن الانتقال من ملك الی ملك وهو قابل للفسخ والزوال فیکون المانع مترددا فلم یثبت الانتقال الا بالقضاء او بالرضاء او بالموت عن الوفاء بخلاف التدبیر والاستیلاد لان المانع لا یقبل الانتقال فوجبت القیمة بلا توقف * وعند زفر وهو قول ابی یوسف اولا یباع فیه وان عجز قبل القضاء لان المانع من الدفع قائم وقت وقوع الجنایة وهو الکتابة فوجبت القیمة بنفس الوقوع کجنایة المدبر وام الولد * وفی الدرر « اقر المکاتب بجنایة خطأ لزمته وحکم بها علیه لان جنایته مستحقة فی کسبه وهو احق باکسابه فنفذ اقراره کالحر واذا لم یحکم علیه حتی عجز بطلت » (ولا تنفسخ الکتابة بموت السید) لان الکتابة من اسباب العتق والعتق حق للمکاتب وکذا سببه حق له فلا تبطل بموت السید کالتدبیر وامومیة الولد والدین والاجل اذا مات الطالب (ویؤدی) المکاتب (البدل الی ورثته) ای الی ورثة سیده (علی نجومه) لان النجوم حقه لانه اصل وهو حق المطلوب فلا یبطل بموت الطالب کالاجل فی الدین * هذا اذا کاتبه وهو صحیح * ولو کاتبه وهو مریض لا یصح تأجیله الا من الثلث (فان اعتقه) ای العبد المکاتب (بعضهم) ای بعض الورثة فی مجلس واعتقه الآخر فی مجلس آخر (لا ینفذ) عتقه لانه لم یملکه اذ المکاتب لا ینتقل من ملك المورث الی ملك الوارث کما لا یملك بسائر اسباب الملك ولا تسقط حصته من البدل عندنا خلافا للشافعی * وقیل یعتق اذا اعتقه الباقون ما لم یرجع الاول (وان اعتقوه) ای جمیع الورثة فی مجلس واحد (کلهم عتق) العبد المکاتب (مجانا) والقیاس ان لا یعتق لعدم ملکهم وجه الاستحسان

انه يجعل ابراء عن بدل الكتابة اقتضاء تصحيحا للعتق كما اذا ابرأه المولى عن كل بدل الكتابة»
وفي التنوير «مكاتب تحته امة طلقها ثنتين فملكها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره» كاتبا عبدا كتابة
واحدة وعجز المكاتب لا يعجزه القاضي حتى يجتمعا»

كتاب الولاء

اورد كتاب الولاء عقيب المكاتب لانه من آثار زوال ملك الرقبة وهو لغة القرابة وشرعا قرابة حكمية حاصلة من العتق او من الموالاة وهي المتابعة لان في ولاء العتاقة ارثا بولى وجود الشرط وكذا في ولاء الموالاة «وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة بالعتق ولو بمال او بالعقد والوعد ولو كافرا فالولاء عبارة عن النصرة بالعتق او بالعقل فيرثه شرعا عند عدم المانع من الارث»
وفي التنوير «هو عبارة عن التناصر بولاء العتاقة او بولاء الموالاة ومن آثاره الارث والعقل»
(الولاء لمن اعتق) وهو لفظ الحديث اخرجه الائمة الستة عن عائشة الصديقة عن النبي عليه السلام «الولاء لمن اعتق» يعني اعتق مملوكه ذكرا كان السيد او انثى فولاؤه له (ولذا قال الجمهور سبب هذا الولاء الاعتاق) والاصح ان سببه العتق على ملكه لانه يضاف اليه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق «والاضافة دليل الاختصاص وهو بالسببية ولان من ورث قريبه فعتق عليه كان مولى له ولا اعتاق من جهته» والحديث لا ينافي ان يكون العتق على الملك هو السبب لان العتق يوجد عند الاعتاق لا محالة وتخصيصه به خرج مخرج الغالب (ولو) وصلية (بتدبير) بان دبر عبده فمات وعتق من ثلثه (او استيلاد) بان استولد جارية ومات عتقت من جميع ماله (او كتابة) بان كاتب عبده وادى بدل الكتابة فعتق (او وصية او ملك قريب) بان ملك اباه او ابنه بشراء او هبة او نحو ذلك فعتق عليه (وذلك لاطلاق الحديث) قال صدر الشريعة «فان قيل «كيف يكون الولاء في التدبير والاستيلاد للسيد والمدبر وام الولد انما يعتقان بعد موت السيد» قلنا صورته ان يرتد السيد ويلحق بدار الحرب حتى يحكم بعتق مدبره وام ولده ثم جاء مسلما فمات مدبره او ام ولده فالولاء له» اه * وفيه كلام لان الغرض اثبات الولاء للسيد في جميع المواد كما يدل عليه تصوير المسئلة فالجواب ان يقال «ان الولاء يثبت ابتداء للمولى ثم ينتقل الى ورثته» فيستقيم الكلام في المكاتب الذي ادى البدل بعد موت السيد الى الورثة * وكذا في العبد الموصى بشرائه ثم اعتقه وغيرهما تدبر (وان شرطه لغيره او ٤ سائبة) يعني او اعتق العبد وشرط الولاء لغيره او شرط ان يكون معتقا ولا ولاء بينهما او يرثه غيره كان الشرط لغوا لانه مخالف للشرع فيرثه كما في النسب اذا شرط ان لا يرثه * وما في شرح الوقاية لصدر الشريعة من «ان ذلك شرط مخالف لمقتضى ٥ العقد» مقام النص سهو من قلم الناسخ * تتبع (و من اعتق) امة (حاملا من زوج قن) للغير (فولدت) الامة الحامل ولدا بعد عتقها (لاقل من نصف سنة فولاء الولد له) اي لمولى الام (لا ينتقل) ولا الحمل (عنه) اي عن مولى الام الى مولى الاب ان اعتق ابوه (ابدا) لانها لما اعتقت وتيقن وجود الحمل في ذلك الوقت عتق حملها مقصودا لانه جزؤها فلا ينتقل من مواليها الولاء على التأبيد لقوله عليه السلام «الولاء لمن اعتق» (و كذا لو ولدت) الامة المذكورة ولدين (توأمين احدهما) اي ولادة احدهما

٤ والتاء في السائبة للنقل من الوصفية الى الاسمية * وفي المغرب وعبد سائبة اي معتق لا ولاء بينهما منه

٥ المراد من العقد عقد الشرع * فحينئذ لا نزاع بينهما تأمل منه

(لاقل من نصفها) اى من نصف السنة من وقت الاعتاق والآخر لاكثر منه وبين الولدين اقل من ستة اشهر فولاؤهما لمولى الام ابداً بلا نقل عنه الى مولى الاب ان اعتق الاب لان التوأمين مخلوقان من ماء واحد فيعتقان معا بالاعتاق المزبور لو كان ما بين الولدين اقل من اقل مدة الحمل (وان ولدت) الامة المزبورة ولداً بعد عتقها (لاكثر من ذلك) اى من نصف سنة (فولاؤه) اى الولد (له) اى لمولى الام (ايضا) لان الولد جزؤها فيتبعها فى الصفات الشرعية* الا يرى انه يتبعها فى الحرية والرق * فكذا فى الولاء عند تعذر جعله تبعا للاب لرقه (لكن ان اعتق الاب والولد حى (جره) اى جر الاعتاق الولاء (الى مواليه) * اى بجر الاب ولاء ابنه من مولى الام الى قوم نفسه لان الولاء لحمة كلحمة النسب ثم النسب من الآباء وكذا الولاء * وانما يكون من الامهات للضرورة وقد زالت بالعتق فينتقل الى مولى الاب كولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ثم اذا اكذب نفسه ينتقل الى الاب لزوال المانع فان مات مولى الاب قبل الولد بعد اعتاق الاب لا يكون مولى الام وارثا بذلك الولاء* كما قال ابن كمال الوزير فى شرح الفرائض* وفى التبيين* هذا اذا لم تكن معتدة فان كانت معتدة فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر من وقت العتق ولاقل من سنتين من وقت الفراق لا ينتقل ولاؤه الى مولى الاب لانه كان موجودا عند عتق الام ولهذا ثبت نسبه من الزوج* (ولا يرجع الاولون عليهم بما عقلوا عنه قبل الجر) اى لو تزوجت معتقة بعبد فولدت اولاداً فجنى الاولاد فعقلهم على مولى الام لا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا لانه حين عقل عنه قوم الام كان النسب ثابتا لهم وانما يثبت لقوم الاب مقتصرا على زمان الاعتاق لان سببه هو العتق فلا يرجعون به (ولو تزوج اعجمى) حر الاصل (له مولى موالاة اولا معتقة) سواء كانت معتقة العرب او العجم * وما وقع فى القدورى وهو * من تزوج من العجم بمعتقة العرب* اتفاقى (فولدت) ولدا (منه) اى من العجم (فولاء الولد لمواليها) اى موالى الام عند الطرفين (وعند ابى يوسف حكمه) اى حكم الولد (حكم ابيه) فيكون الولاء لموالى ابيه لا لمواليها لانه كالنسب والنسب الى الاب وان كانت الام اشرف لكونه اقوى * وبه قالت الائمة الثلاثة * ولهما ان ولاء العتاقة قوى معتبر والنسب بين العجميين ضعيف لانهم ضيعوا انسابهم ولا تفاخر لهم به * وكذا ولاء الموالاة ضعيف والضعيف لا يعارض القوى* قيد بالاعجمى لان اباه ان كان عربيا يكون ولاؤه لموالى ابيه اتفاقا لشرف نسبه* وقيدنا بالحر الاصل لان الابوين لو كانا معتقين فالنسبة الى قوم الاب اتفاقا لانهما استويا والترجيح لجانب الاب* وقيد بمولى الموالاة لانه لو كان مولى عتاقة فولاؤه لموالى ابيه اتفاقا* وفصل صاحب الدرر فى هذا المحل وحاصله ان الام اذا كانت حرة الاصل بمعنى عدم الرق فى اصلها فلا ولاء على ولدها * لانه كما لا ينتقل الولاء فى المسئلة الاولى وهى قوله * ومن اعتق حاملا الخ» فلان لا ينتقل عند كونها حرة الاصل بالطريق الاولى ويوافق ما ذكر فى البدائع والتكملة ومختصر المحيط من اشتراط عدم كون الام حرة اصلية فى ثبوت الولاء« واما ما فى المنية وان كان المتبادر منه المخالفة لكنه لا مخالفة فى الحقيقة على ما حقق فى الدرر» وذهب

البعض الى ثبوته عند كون الام حرة اصلية ومن علماء هذه الدولة منهم من افتى على الثبوت ومنهم من افتى على خلافه* والمولى ابو السعود افتى اولا على الثبوت ثم رجع وافتى على خلافه وثبت عليه كما فصل فى حاشية عزمى زاده على الدرر* وموجب ما يقتضيه الاصول عدم الثبوت لان الولاء يتفرع على زوال الملك وهو على ثبوته وثبوته فى الولد من جانب الام البتة واذا كانت حرة اصلية كيف يتصور الملك على الولد* وينبغى ان يتنبه ان لفظ حر الاصل يستعمل فى معنيين عدم جرى الرق على النفس من حين العلوق مع جريه على الاصل وعدم جريه على الاصل ابدا* والاختلاف انما هو على المعنى الثانى* واما على الاول فلا نزاع فى الثبوت* ومرجع مسائل الولاء الى هذه الصور وهى ان الولد اما ان تكون امه حرة اصلية بهذا المعنى او لا وحينئذ اما ان تكون معتقة حال الحمل من قن وولدت لاقل من نصف سنة او لا وحينئذ اما ان يكون ابوه رقيقا او لا وحينئذ اما ان يكون حر الاصل بهذا المعنى او لا فان كان فاما ان يكون عربيا او لا فهذه ست صور ففى الاولى والخامسة لا ولاء اصلا وفى الثانية والثالثة الولاء لقوم الام وفى الرابعة لقوم الاب وفى السادسة لقوم الام عند الطرفين خلافا لابى يوسف وفى قول المصنف من اعتق حاملا الخ دلالة الى الاولى والثانية وفى قوله وان ولدت لاكثر الخ الى الثالثة والرابعة وفى قوله لو تزوج اعجمى الى الخامسة والسادسة تتبع (والمعتق) عصبة سببية (مقدم على ذوى الارحام) وهو من لا فرض له ويدخل فى نسبته الى الميت انثى (مؤخر عن العصبة النسبية) سواء كانت عصبة بنفسه او بغيره او مع غيره وكذا مقدم على الرد على ذوى السهام وهو آخر العصبات وهو قول على رضى الله عنه وبه اخذ علماء الامصار وسيأتى فى الفرائض ان شاء الله (فان مات السيد ثم) مات (المعتق) ولا وارث له من النسب (فارثه) اى ارث المعتق (لاقرب عصبة سيده) على الترتيب المعروف فى علم الفرائض (فيكون) ارثه (لابنه) اى ابن السيد (دون ابيه لو اجتمعا) عند الطرفين لان الجزء اقرب وهو اختيار سعيد بن المسيب ومذهب الشافعى والقول الاول لابى يوسف (وعند ابى يوسف لابيه السدس والباقى للابن) وهو احدى الروايتين عن ابن مسعود وبه قال شريح والنخعى لان الولاء كله اثر الملك فيلحق بحقيقة الملك ولو ترك المعتق مالا ولو ترك ابا وابنا كان لابيه سدس ماله والباقى لابنه فكذا اذا ترك ولاء* والجواب انه وان كان اثر الملك لكنه ليس بمال ولا له حكم المال كالقصاص الذى يجوز الاعتياض عنه بالمال فلا يجرى فيه سهام الورثة بالفرضية كما فى المال بل هو سبب يورث به بطريق العصوبة فيعتبر الاقرب* ولو ترك المعتق ابن المعتق وجده فالولاء كله للابن بالاتفاق* ولو ترك جد المعتق واخاه فالولاء للجد عند الامام وعندهما الولاء بينهما نصفان (وعند استواء القرب) كما اذا ترك المعتق ابنى اخوى معتقه (تستوى القسمة) لاستواء الاستحقاق (وليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن* الحديث) اى اقرأ الحديث الخ وآخره* او دبرن او دبر من دبرن او جر ولاء معتقهن او معتق معتقهن* وسيأتى تمامه فى الفرائض ان شاء الله وفى شرح الكنز للعينى «هذا حديث منكر لا اصل له» وانما المروى عن جماعة من الصحابة ما خرج البيهقى

عن علي وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم انهم لا يورثون النساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن * وتمامه فيه فليطالع ثمة * وفي الشمني «لو مات المعتق ولم يترك الا ابنة معتقة فلا شيء لها في ظاهر الرواية وتوضع تركته في بيت المال * وافتى بعض المشايخ بدفع المال اليها لا بطريق الارث بل لانها اقرب الناس الى الميت فكانت اولى من بيت المال اه * وفي التنوير * اذا ملك الذمي عبدا فاعتقه فولاؤه له كالنسب * ولو اعتق حربي في دار الحرب عبدا حربيا لا يعتق الا ان يخلي سبيله فان خلاه عتق ولا ولاء له ان يوالي من شاء * ولو دخل مسلم في دار الحرب فاشترى عبدا ثمة واعتقه بالقول عتق * ولو كان العبد مسلما فاعتقه مسلم او حربي في دار الاسلام فولاؤه له *

﴿ فصل ﴾

هذا الفصل لبيان ثاني نوعي الولاء * كما في الاصلاح * وجه تأخيره عن ولاء العتاقة ظاهر (ولاء الموالاة سببه العقد) ولهذا يضاف الى الموالاة وهي العقد والاصل في الاضافة اضافة المسبب الى السبب كما يضاف الولاء الى العتاقة لان سببه العتق (فلو اسلم اعجمي) مجهول النسب * وانما شرط كونه اعجميا لان تناصر العرب بالقبائل فاغنى عن الولاء وانما شرطنا كونه مجهول النسب لان من عرف نسبه لا يجوز ان يوالي غيره * كما في الدرر وغيره قال ابن كمال الوزير * واما كونه مجهول النسب فليس بشرط * وفي شرح المجمع لابن ملك * وهو المختار (على يد رجل ووالاه) بان قال انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت فيقبل الآخر فذلك عقد صحيح * واشار اليه بقوله (على ان يرثه) اي الرجل اذا مات هو (و) ان (يعقل) لرجل (عنه) اي عن الذي اسلم على يده اي يؤدي الجناية عنه اذا جنى (او والى غير من اسلم بيده) معناه انه اسلم عن يد رجل ووالى غيره (صح) هذا العقد (ان لم يكن معتقا) فانه اذا كان معتقا لم يصح عقد الموالاة لقوة ولاء العتاقة * وكذا يصح لو والى صبي عاقل باذن ابيه او وصيه * لان الصبي من اهل ان يثبت له ولاء العتاقة اذا ثبت سببه بان ملك قريبه او كاتب ابوه او وصيه عبده وعتق كان ولاؤه له فجاز ان يثبت له ولاء الموالاة اذا صدر عنه عقدها بالاذن كما لو والى العبد باذن سيده آخر فانه يكون وكيلا من سيده بعقد الموالاة (و) اذا صح يكون (عقله) اي جنايته (عليه) اي على المولى الذي اسلم على يده ووالاه او الذي والاه وكان قد اسلم على يد غيره (وارثه له) اي ميراثه للذي والاه اذا مات (ان لم يكن له وارث) من النسب (وهو) اي القابل للموالاة (مؤخر عن ذوي الارحام) لان ذوي الارحام يرثون بالقرابة وهي اقوى وآكد من الولاء لانها لا تقبل النقض والولاء يقبله * بخلاف الزوجين حيث يرث معهما لانهما بعد الموت كالاجانب * ولهذا لا يرد عليهما * فاذا اخذا حقهما صار الباقي خاليا عن الوارث فيكون لمولى الموالاة * وعند الائمة الثلاثة لا يصح عقد الموالاة اصلا ويوضع ماله في بيت المال لان سبب الارث الفرض والتعصيب * ولهذا لا ميراث لذوي الارحام عندهم ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم الخ ونقل عن ائمة التفسير ان المراد الصفقة لا القسم اذ العادة ان يأخذ كل واحد من المتعاقدين يمين صاحبه عند العقد (وما لم يعقل عنه) او عن ولده (فله) اي لمن والى (ان ينقضه) اي ولاء الموالاة بغير رضا صاحبه (قولا)

بان قال * فسخت عقد الموالاة معك *لانه عقد تبرع فلا يكون لازما (بحضرته) اى بحضرة صاحبه لانه عقد واقع منهما فلا يفسخه احدهما الا بحضرة صاحبه كالمضاربة والشركة (وفعلا مع غيبته) اى غيبة صاحبه (بان ينتقل عنه الى غيره) بان والى رجلا آخر فيكون فسخا للعقد مع الاول ولم يلزم من ذلك حضور صاحبه لثبوت الانفساخ فى ضمن العقد الثانى مع الآخر فصار كالعزل الحكمى فى الوكالة وكل من الفسخين مالم يعقل عنه (وبعدان عقل) الاعلى (عنه او عن والده لا يفسخه) اى عقد الموالاة (هو) اى الاسفل (ولا اولاده) لتعلق حق الغير به ولحصول المقصود به ولاتصال القضاء به (وللاعلى ايضا) اى كالاسفل (ان يبرأ عن ولائه) اى الاسفل (بمحضره) اى الاسفل لعدم اللزوم الا انه يشترط فى هذا ان يكون بمحضر من الآخر (ولو اسلمت امرأة ووالت) رجلا بشروطها (او اقرت بالولاء) اى اقرت انها مولاة لفلان (فولدت ولدا (مجهول النسب) اى لا يعرف له اب (او كان معها ولد صغير كذلك) اى كان الصغير مجهول النسب كذلك صح اقرارها على نفسها (ويتبعها فيه) اى تبع الولد امه فى الولاء ويصير ان مولى فلان عند الامام (خلافا لهما) اى قالا لا يتبعها ولدها فى الصورتين لان الام لا ولاية لها على مال الصغير فلا يكون لها ولاية على نفسه * وله ان الولاء بمنزلة النسب فيكون نفعا محضا فى حق الصغير المجهول النسب فتملكه الام كقبول الهبة* ولو اقر رجل انه معتق فلان فكذبه المقر له فى الولاء اصلا او قال لا بل واليتنى فاقر المقر لغيره فالولاء لا يصح عند الامام وعندهما يصح

﴿ كتاب الاكراه ﴾

قبل الموالاة تغير حال المولى الاعلى من حرمة اكل مال المولى الاسفل بعد موته الى حله كما ان الاكراه تغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فكان مناسبا ان يذكر الاكراه عقيب الموالاة (هو) لغة مصدر اكرهه اذا حمله على امر يكرهه *والكره بالفتح اسم منه (فعل يوقعه الانسان بغيره فيفوت به) اى بذلك الفعل (رضاه) اى رضاء ذلك الغير فقط بدون فساد اختياره كالحبس مثلا (او يفسد اختياره) مع تحقق عدم الرضاء ايضا كالتهديد بالقتل مثلا وفى الدرر ان عدم الرضاء معتبر فى جميع صور الاكراه واصل الاختيار ثابت فى جميع صوره لكن فى بعض الصور يفسد الاختيار وفى بعضها لا يفسده اقول هذا هو المسطور فى كتب الاصول والفروع حتى قال صدر الشريعة فى التنقيح *وهو اما ملجئ بان يكون بفوت النفس او العضو وهذا معدم الرضاء مفسد للاختيار واما غير ملجئ بان يكون بحبس او قيد او ضرب وهذا معدم للرضاء غير مفسد للاختيار * فلا يصح ما قال فى الوقاية* وهو فعل يوقعه بغيره فيفوت به رضاه او يفسد اختياره* فان فيه جعل قسم الشئ قسيما له* ١٥ لكن يمكن دفعه بان القسم الاول الرضاء فقط والقسم الثانى الرضاء مع الاختيار * وقال فى الاصلاح* وهذا ظاهر بقرينة المقابلة فمن وهم ان فيه جعل قسم الشئ قسيما له فقد وهم* وفى القهستانى *ان الاكراه ما يحقق مع الرضاء وهذا صحيح قياسا واما استحسانا فلا لانه لو هدد بحبس ابيه او ابنه او اخيه او امه او زوجته او واحد من محارمه ولاذا كبيع او هبة او غيره كان اكراها استحسانا فلا ينفذ شئ من هذه التصرفات وينفذ قياسا لان هذا ليس باكراه حقيقة* (مع بقاء اهليته) اى الاكراه بقسميه لصحيح الاختيار وفاسده لا

ينافى اهلية الوجوب والاداء لانها ثابتة بالذمة والعقل والبلوغ والاكراه لايخل بشئ منها* الاترى انه متردد بين فرض وخطر ورخصة ومرة يأثم ومرة يثاب * كما فى القهستانى (وشرطه) اى شرط الاكراه مطلقا اربعة الاول (قدرة المكره) بكسر الراء (على ايقاع ماهدد به سلطانا كان اولصا) هذا عندهما لان كل متغلب قادر على الايقاع* وعند الامام لا اكراه الا من السلطان لان القدرة لاتكون بلا منعة والمنعة للسلطان* قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لان زمان الامام لم يكن فيه لغير السلطان من القدرة مايتحقق منه الاكراه وزمانهما كان فيه ذلك فيتحقق الاكراه من كل متغلب لفساد زمانهما والفتوى على قولهما كما سيأتى* وفى البزازية* الزوج سلطان زوجته فيتحقق منه الاكراه* ولم يذكر الخلاف وسوق اللفظ يدل على انه على الوفاق وفى المنح تفصيل فليطالع* وفى الظهيرية* ان مجرد الامر من السلطان اكراه من تهديد (و) الثانى (خوف المكره) بالفتح (وقوع ذلك) اى ماهدد به الحامل بان ظن انه يوقعه والحامل اعم ان يكون حقيقيا كما اذا كان حاضرا او حكميا كما اذا كان غائبا ورسوله حاضر خاف الفاعل منه خوف المرسل* واما اذا غاب الرسول ايضا فلا اكراه كما سيأتى (و) الثالث (كونه) اى كون المكره (ممتنعا قبله) اى قبل الاكراه (عن فعل ما اكره عليه) وفى القهستانى* اذ لو لم يمتنع عنه لم يكن اكراها لفوات ركنه وهو فوت الرضاء كما اشير اليه فى الاختيار* وفيه دلالة على ان هذا الشرط مستدرك* (لحقه) اى لحق نفسه كبيع ماله او اتلافه بلا عوض او اعتاق عبده ولو بمال او اجر اخروى (او لحق) شخص (آخر) كاتلاف مال آخر (او لحق الشرع) كشرب الخمر والزنى ونحوهما لان الاكراه لهذه الحقوق يعدم الرضاء لامتناعه قبل الاكراه (و) الرابع (كون المكره به متلفا نفسا او عضوا) من الاعضاء (او موجبا غما يعدم الرضاء) لان من كان شريفا يغتم بكلام خشن فيعد مثل هذا فى حقه اكراها اذ هو اشد له من الم الضرب ومن كان رذيلا فلا يغتم الا بضرب مولم او بحبس شديد فلا يعد الضرب مرة بسوط ولا الحبس ساعة بل يوما فى حقه اكراها لكون الاشخاص متفاوتة* ولذا قيد ما يوجب الغم باعدام الرضاء* وفى المنح* الاكراه بحق لايعدم الاختيار شرعا كالعنين اذا اكرهه القاضى بالفرقة بعد مضى المدة* الاترى ان المديون اذا اكرهه القاضى على بيع ماله نفذ بيعه والذمى اذا اسلم عبده فاجبر على بيعه نفذ بيعه بخلاف ما اذا اكرهه على البيع بغير حق (فلو اكره على بيع) ماله (او شراء) سلعة (او اجارة) دار (او اقرار) اى على ان يقر لرجل بدين (بقتل) متعلق باكره بان قال افعله والا اقتلك (او) اكره على هذه الاشياء بنحو (ضرب شديد او حبس مديد) او قيد مؤبد (خير) المكره بعد زوال الاكراه عنه (بين الفسخ) اى فسخ العقد الصادر ويرجع من الاقرار لانعدام الشرط هو الرضاء بالاكراه سواء كان الاكراه ملجئا او غير ملجئ (والامضاء) لان العقد والاقرار يثبت الملك ولو باكراه ويمنع النفاذ الذى لايكون فيه حق الاسترداد للعاقد لان هذا النفاذ يتوقف على العقد بالطوع (ويملكه) اى المبيع (المشترى ملكا فاسدا ان قبضه) اى اذا باع مكرها ثبت فيه الملك ان قبض المشترى

المبيع عندنا* وعند زفر والائمة الثلاثة لا يثبت لانه بيع موقوف والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك* ولنا انه فات شرطه وهو الرضاء بعد وجود الركن فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك* وبعض المشايخ جعلوا بيع الوفاء كبيع المكره* وصورته ان يقول البائع للمشتري «بعت هذا العين منك بدين لك علي على اني متى قضيت ديني فهو لي» وبعضهم جعلوه رهنا لا يملكه المشتري ولا ينتفع به واي شيء اكل من زوائده يضمن ويسترده عند قضاء الدين* ولو استأجره البائع لا يلزمه الاجرة وسقط الدين بهلاكه* وبعضهم جعلوه بيعا جائزا مفيدا لبعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البعض وهو البيع* وفي النهاية «وعليه الفتوى» وبعضهم جعلوه بيعا باطلا* وفي الكافي «والصحيح ان العقد الجاري بينهما ان كان بلفظ البيع لا يكون رهنا* ثم ينظر ان ذكرا شرط الفسخ في البيع عند اداء الدين فسد وان لم يذكرا او تلفظا بلفظ البيع بالوفاء او تلفظا بالبيع الجائز والحال ان عندهما اي في زعمهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فانه يفسد حينئذ عملا بزعمهما وان ذكرا البيع من غير شرط وذكرا الشرط على وجه الميعاد جاز البيع ويلزمه الوفاء بالميعاد» ثم فرع عليه بقوله (فلو اعتق) المشتري (صح اعتاقه) لكونه ملكه* وكذا تصرفه فيه تصرفا لا يمكنه نقضه (ولزمه) اي المشتري (قيمته) لانه اتلف ما ملكه بعقد فاسد (وقبض) المكره (الثمن) من المشتري (او تسليم المبيع) للمشتري حال كونه (طوعا) اي طائعا قيد للمذكورين (اجازة) بالبيع اذ القبض والتسليم طائعا دليل الرضاء (لا فعلهما كرها) اي ان قبض الثمن وسلم المبيع مكرها لا ينفذ البيع لعدم الرضاء (ولا دفع الهبة طوعا بعدما اكره عليها) اي اذا اكره على الهبة دون التسليم وسلم طوعا لا يكون اجازة لان غرض المكره انما هو استحقاق الموهوب له لا مجرد لفظ الهبة* والاستحقاق لا يثبت فيها بدون التسليم فكان التسليم فيها داخلا في الاكراه والاكراه في البيع يثبت بنفس العقد ولم يكن التسليم فيه داخلا في الاكراه فافترقا (فان هلك المبيع في يد مشتر غير مكره) بفتح الراء والبائع مكره (لزمه) اي المشتري (قيمته) اي قيمة المبيع للبائع المكره لكون العقد فاسدا فكان مضمونا عليه بالقيمة (وللبائع تضمين) اي شاء من (المكره) بكسر الراء (او المشتري) لان لكل واحد منهما دخلا في هلاك ماله واحد منهما بالذات وواحد آخر بالواسطة (فان ضمن المكره) بالكسر لكونه في حكم الغاصب لدفع مال المالك الى المشتري (رجع على المشتري بقيمته) لانه باداء الضمان ملكه فقام مقام المالك المكره فيكون مالكا له من وقت وجود السبب بالاستناد (وان ضمن) البائع (المشتري) الاول من المشترين بالقيمة (بعدما تداولته البياعات) بان باعه المشتري من آخر وباع آخر من آخر ثم وثم وانما يلزم الضمان لكونه في حكم غاصب الغاصب باخذه المال بواسطة من كان آلة للبائع* ولذا لا يرجع المشتري بما ضمن على المكره الذي كان واسطة وآلة للبائع (نفذ كل شراء وقع بعد شرائه) اي المشتري الاول لكونه مالكا بالضمان فظهر انه باع ملك نفسه وللبائع المكره ان يضمن من شاء من المشترين فايهم ضمنه ملكه «وجازت البياعات التي بعده» (لا ما) اي لا ينفذ الشراء الذي (وقع قبله) اي قبل الضمان لعدم دخوله في ملك غيره قبل التضمين حتى يملكه

(وان اجاز) المالك المكره (عقدا منها) اى من هذه البياعات (جاز ماقبله) اى ماقبل هذا العقد (ايضا) اى كما جاز مابعده ويأخذ هو الثمن من المشترى الاول * لان البيع كان موجودا والمانع من النفوذ حقه وقد زال المانع بالاجازة فعاد الكل الى الجواز وفى الضمان يثبت المستند الى حين القبض لاماقبله (وله) اى للمشترى (استرداده) اى الثمن (ذ فسخ) البيع (او) كان الثمن (باقيا) فى يد البائع والمكره لفساد البيع وان كان هالكا لايأخذ منه شيأ لكونه امانة فى يده لانه اخذه باذن المشترى * ولو ذكر هذه المسئلة عقيب قوله لافعلهما كرها كما فى اكثر الكتب لكان انسب تدبر (وضرب سوط وحبس يوم ليس باكراه) فانه لايبالى بمثله عادة فلا يعدم الرضاء وهو شرط لثبوت حكم الاكراه (الا فيمن) اى فى حق من (يستضر به) اى بضرب سوط وحبس يوم (لكونه ذا منصب) فيكون مكرها بمثله لان ضرره اشد من ضرر الضرب الشديد فيفوت به الرضاء وفى المبسوط والحد فى الحبس الذى هو اكراه مايجئ به الاغتمام البين به وفى الضرب الذى هو اكراه مايجد منه الالم الشديد وليس فى ذلك حد لايزاد عليه ولاينقص منه لان المقادير لاتكون بالرأى ولكنه على قدر مايرى الحاكم اذا رفع اليه (وان اكره على اكل ميتة او) اكل (دم) ووقع فى الاصلاح « اوشرب دم » لان الدم من المشروب لامن المأكول لكن يمكن التوفيق بان يكون مأكولا فيما اذا كان جامدا ومشروبا فيما اذا كان سائلا تدبر (او) اكل (لحم خنزير او) اكره على (شرب خمر بضرب او حبس او قيد لايحل) للمكره (التناول) لان هذا لايكون اكراها ملجئا اذ لايضطر بمثله اكثر الناس فيلزم عليهم التحمل الا ان يقول لاضربن على عينيك او ذكرك * وفى البزازية « الاكراه بالحبس المؤبد والقيد المؤبد لايوجب الاكراه اذا لم يمنع الطعام والشراب لعدم الافضاء الى تلف نفس او مال وانما يوجبان غما والتناول للمحرم لازالة الغم لايحل * ومن المشايخ من قال لو ذا ئم يقع فى قلبه انه بالحبس المذكور او بالحبس فى بيت مظلم يخاف عليه التلف غما او على عضو من اعضائه او عينه بظلمة المكان يحل » ومحمد لم يجعل الحبس الذى كان فى زمانه وهو المكث المجرد اكراها واما الحبس الذى احدثوه اليوم فهو اكراه لانه تعذيب لاحبس مجرد » (وان) اكره على تناول هذه الاشياء (بقتل او قطع عضو حل) تناولها لان الاكراه ملجئ بهما * وحرمة هذه الاشياء مقيدة بحالة الاختيار * واما حالة الاضطرار فبقاة على اصل الحل لقوله تعالى « الا ما اضطررتم اليه (ويأثم) المكره (بصبره على التلف ان علم الاباحة) لانه امتنع من مباح والقى نفسه فى مهلكة (كما فى المخمصة) اى كما يكون آثما بالصبر فى حالة المخمصة والجوع فاتلف نفسه وذكر شيخ الاسلام ان المكره انما اثم اذا علم بالاباحة ولم يتناول واما اذا لم يعلم فقد رجونا ان يكون فى سعة منه لانه يعذر بالجهل فيما فيه خفاء (وان اكره على الكفر او سب النبى عليه السلام بقتل او قطع عضو رخص له اظهاره) اى اظهار الكفر او غيره (وقلبه مطمئن بالايمان) اى غير متغير عقيدته فان المشركين اكرهوا عمارا فاعطاهم ما ارادوا مع طمانينة القلب فقال عليه السلام فان عادوا فعد اى ان عاد الكفار بالاكراه فعد الى اطمئنان القلب بالايمان فيما اجريته على لسانك ونزل فى حقه قوله تعالى الا من

اكره وقلبه مطمئن بالايمان ولان بهذا الاظهار لايفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفى الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه (ويوجر بالصبر على التلف) لان خبيبا رضى الله عنه قد صبر حين ابتلى حتى صلب ولم يظهر كلمة الكفر وسماه رسول الله سيد الشهداء وقال فى مثله «هو رفيقى فى الجنة» ولان الحرمة قائمة والامتناع عزيمة فاذا بذل نفسه لاعزاز الدين واقامة حق الله كان شهيدا * وفى الاصلاح وغيره تفصيل فليطالع (ولا رخصة) على اجراء الكفر على اللسان (بغيرهما) اى بغير القتل والقطع لان غيرهما ليس بملجئ (وان اكره على اتلاف مال مسلم باحدهما) اى بالقتل او القطع (رخص) الاتلاف (له) اى للمكره لان اتلاف مال الغير يستباح للضرورة كما فى المخمصة وقد تحققت (والضمان على المكره) بالكسر لان المكره فى حق الاتلاف آلة للمكره فلم يلزم عليه الضمان * وفيه اشارة الى الاحتراز عن الاكل والتكلم والوطئ فان فيها لايصلح آلة والى ان المكره على الاخذ والدفع الى المكره انما يسعه اذا كان حاضرا عند المكره فان كان ارسله ليفعل فخاف ان ظفر يفعل ما وعده لم يحل له الاقدام على ذلك لزوال القدرة على ذلك والالجاء بالعبد منه * وبهذا تبين انه لاعذر لاعوان الظلمة فى اخذ الاموال من الناس عند غيبة الامرين وتعللهم بامرهم او الخوف من عقوبتهم ليس بعذر الا ان يكون رسول الامر معه على ان يرده عليه فيكون بمنزلة حضور الامر (او) ان اكره (على قتله) اى قتل غيره (او قطع عضوه) بالقتل او القطع (لا يرخص) له فى ذلك بل يلزم الصبر عليه فان قتله اثم لان قتل المسلم حرام لا يباح لضرورة ما * فكذا بهذه الضرورة الا ان يعلم انه لو لم يقتله قتله وكذا لو اكره على الزنى لا يرخص وفى جانب المرأة يرخص لها الزنى بالاكراه الملجئ ولا يلزم عليها الحد كما فى التنوير اذا اكرهت بغير ملجئ (فان فعل) اى ان قتل او قطع العضو بالكره (فالقصاص على المكره) بكسر الراء (فقط) اى دون المكره بالفتح ان كان القتل عمدا لكونه حاملا ولا يقتص القاتل لانه آلة له كالسيف هذا عند الطرفين (وعند ابى يوسف لا) يجب (قصاص على احد) منهما لان الحد مضاف الى المكره من وجه لانه المباشر والى المكره من وجه لانه الحامل فهو كالدافع الى القتل فتمكنت فيه الشبهة فى الجانبين فلا قصاص على واحد منهما فالدية من مالهما اذ العاقلة لاتحملها فى العمد وعند زفر يقتص الفاعل فقط لانه هو المباشر حقيقة وكذا حكما الا على المكره وعند الائمة الثلاثة يقتص كل منهما لكون الفاعل مباشرا او الحامل سببا (ولو اكره على ان يتردى) اى يسقط (من جبل ففعل) اى تردى (فديته على عاقلة المكره) لانه لو باشر لايجب عليه القصاص لانه فى معنى القتل بالمثقل بل فيه الدية على العاقلة فكذا اذا اكره عليه وهذا عند الامام (وعند ابى يوسف) تجب الدية (فى ماله) اى فى مال المكره الامر ان القتل الحاصل بالاكراه لايوجب القصاص عنده (وعند محمد عليه) اى على المكره (القصاص) لان القتل بالمثقل كالقتل بالسيف عنده فيجب القصاص (ولو اكره بقتله على ترد) اى على سقوط من مكان عال (او اقتحام) اى لو اكره بقتل على ادخال نفسه فى نار (او ماء وكل) اى كل واحد من هذه الثلاثة (مهلك فله) اى للمكره (الخيار فى

الاقدام) عليه (والصبر) عند الام لانه ابتلى ببليتين متساويتين فى الافضاء الى الاهلاك فيختار ماهو الاهون فى زعمه (وقالا يلزمه الصبر) اى يصبر ولا يفعل ذلك لان مباشرة الفعل سعى فى اهلاك نفسه فيصبر تحاميا عنه * ثم اذا القى نفسه فعلى المكره قصاص لانه مضطر الى الالقاء وعندهما لاقصاص لانه مختار فى القاء نفسه * قيد بالقتل لانه لو اكره بالعصا ليس له الاقدام اتفاقا * وقيد بقوله كل مهلك لانه لو لم يكن كذلك كان له الاقدام اتفاقا * كما فى شرح المجمع (ولو وقعت نار فى سفينة) فكان بحيث (ان صبر احترق وان القى نفسه) فى الماء (غرق فله) اى لمن ابتلى به (الخيار) بين الصبر والالقاء (عند الامام وعند محمد يلزمه الثبات) وعن ابى يوسف روايتان مع الامام فى رواية ومع محمد فى رواية * وعلة الطرفين قد مرت قبله * واصل هذه المسئلة فى السير الكبير * ذكره ابن الساعاتى (وان اكره على طلاق) امرأته (او اعتاق) عبده (او توكيل بهما) اى بالطلاق والاعتاق ففعل اى اعتق عبده او طلق امرأته او وكل بهما فاعتق الوكيل او طلق (نفذ) لان الاكراه لا ينافى الاهلية خلافا للائمة الثلاثة * والقياس ان لا تصح الوكالة لانها تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه كالبيع وامثاله * وجه الاستحسان ان الاكراه لا يمنع انعقاد البيع ولكن يوجب فساده فكذا التوكيل ينعقد مع الاكراه والشروط الفاسدة لا تؤثر لكونها من الاسقاطات فاذا لم يبطل فقد نفذ تصرف الوكيل * فعلى هذا ما وقع فى الفوائد الزينية من انه * لو اكره على الطلاق وقع الا اذا اكره على التوكيل به فوكل يجرى على القياس لا على الاستحسان * تدبر (ويرجع) المكره (بقيمة العبد) المعتق (على المكره) باليسر فى صورة الاعتاق لانه يصلح آلة للحامل نظرا الى الاتلاف لا الى تكلمه لان كلامه بالاعتاق لا يصلح آلة للحامل بل يضاف اليه * ولذا يكون الولاء للمكره لا للحامل فيضمنه لاتلافه واخراجه عن ملكه سواء كان موسرا او معسرا لانه ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار ولا سعاية على العبد ولا يرجع المكره على العبد لان الضمان وجب عليه بفعله فلا يرجع به على غيره * قيل هذا اذا كان العتق بالقول اما اذا كان بالفعل كما اذا اشترى ذا رحم محرم لا يرجع المكره بالقيمة لحصول العوض وهو صلة الرحم * وفى التجريد * ومن اكره على شراء ذى رحم محرم منه بعشرة آلاف وقيمته الف او كان المشترى جعله حرا ان ملكه ففعل فهو حر وعلى المشترى قيمة الف وبطلت الزيادة ولا يرجع على الذى اكرهه بشئ * (وكذا) يرجع المكره على المكره فى صورة التطليق (بنصف المهر) اذا سمى او يرجع على المكره بما لزمه من المتعة اذا لم يسم (لو) كان (الطلاق قبل الدخول) لان المكره يصلح آلة الحامل فى اتلاف المال لا فى ايقاع الطلاق لان ما عليه من المهر او المتعة كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتها كالارتداد او تقبيل ابن الزوج وقد تأكد ذلك بالطلاق كرها وكان هذا تقريرا للمال فيضاف التقرير الى الحامل فكان متلفا له فيرجع الزوج عليه (ولا رجوع) عليه (لو) كان الطلاق (بعده) اى بعد الدخول لان المهر هنا تقرر بالدخول لا بالطلاق والدخول ليس بصنع من المكره * وفى الجواهر * لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فاكره على الدخول عتق ولم يضمن المكره شيأ * وكذا لو اكره على ان يتزوج امرأة

قد كان جعلها طالقا ان تزوجها فتزوجها وغرم نصف المهر لم يرجع على من اكرهه بشيء * ولو اكره على ان يجعل كل مملوك يملكه فيما يستقبل حرا ففعل ثم ملك بهبة او صدقة او شراء عتق عليه ولم يغرم الذي اكرهه شيأ * ولو ورث مملوكا ضمن الذي اكرهه قيمته استحسانا * (وصح يمين المكره) بشيء من الطاعات او المعاصي (و) صح (نذره) اي نذر المكره بكل طاعة كالصوم والصدقة والعتق وغيرها (و) صح (ظهاره) اي ظهار المكره * هو تشبيه امرأته بظهر امه فيحرم عليه قربانها حتى يكفر لان كل واحد منها لا يحتمل الفسخ فلا يتأتى فيه الاكراه (ولا يرجع) المكره على الحامل في الصور الثلاث (بما غرم بسبب ذلك) اذ لا مطالب له في الدنيا (و) صح (رجعته) اي لو اكره ان يراجع امرأته فراجعها صح لانها استدامة النكاح (وايلاؤه) بان حلف ان لا يقرب امرأته (وفيئه) اي باللسان (فيه) اي في الايلاء لانه كالرجعة لان كل ما ينفذ مع الهزل ينفذ مع الاكراه (و) كذا يصح (اسلامه) اي اذا اسلم مكرها يحكم عليه بالاسلام لانه لما احتمل رجحنا الاسلام احتياطا لانه يعلو ولا يعلى كما في اكثر المعتبرات * فبهذا علم ان ما في الخانية من ان * اسلام المكره اسلام عندنا ان كان حربيا وان كان ذميا لا يكون اسلاما * محمول على جواب القياس لانه يصح في الاستحسان كما في المتن (لكن لا قتل فيه لو ارتد) بعد الاسلام مكرها لان في اسلامه شبهة دارئة للقتل * ونظيره السكران فان اسلامه صحيح وكفره لا يصح ولا يحكم بردته لعدم القصد * كما في شرح الكنز (ولا يصح ابراؤه) اي ابراء المكره دينه عن مديونه او عن كفيل مديونه لكونهما مما يحتمل الفسخ كالبيع فالفاعل بعد زوال الكره يصير مخيرا * وكذا لو اكره الشفيع على ان يسكت عن طلب الشفعة فسكت لا تبطل شفعته (ولا) تصح (ردته) لما مر من الرخصة في اظهار الكفر اذا اكره بالملجئ (فلا تبين بها) اي بهذه الردة (امرأته) ولعدم الحكم بردته * وانما قيدنا اذا اكره بالملجئ لانه لو اكره بغيره فقد صحت ردته فتبين امرأته (فان ادعت) المرأة (تحقق ما اظهره وادعى) المكره (ان قلبه مطمئن بالايمان صدق) * استحسانا * والقياس ان يكون القول قولها فيفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب للبينونة بها فيستوي فيها الطائع والمكره كلفظة الطلاق * وجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تغيره فلا تقع الفرقة * كما في شرح الكنز (ولو اكره على الزنى ففعل) المكره (حد ما لم يكرهه السلطان) لما مر ان الاكراه لا يتحقق من غيره عند الامام فالزنى لا يوجد مع الاكراه (وعندهما لا حد عليه) لما مر ان الاكراه يتحقق من السلطان وغيره فلا يحد في الصورتين (وبه) اي بقول الامامين (يفتى) اذ ليس فيه اختلاف يظهر في حق الجهة فان حكم الاكراه لا خلاف فيه * وانما النظر في ان يقع من غير سلطان اولا * فان وقع من غيره اكراه ملجئ كما في زماننا يجري على حكمه بلا نكير * وقال زفر يحد لان انتشار الآلة دليل الطواعية * ولنا ان انتشار الآلة قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم والصبي كما في بعض المعتبرات * فعلى هذا اندفع ما قال صاحب الاصلاح من * ان مدار الجواب هنا ليس على ذلك الاصل الخلافي كما ذهب

(اليه)

اليه كثير من الناظرين في هذه المسئلة بل على اصل آخر قرره الزاهدي حيث قال * ان الاكراه لا يتصور في الزنى لان الوطئ لا يحصل الا بالانتشار الآلة ولا يتصور الاكراه في الانتشار فكان طوعا فيجب الحد الا ان يكرهه السلطان لان اقامة الحد عليه وهو الذي حد له عليه * اه * لانه ليس على اصل معتبر بل على قول زفر * كما في شرح الوقاية لابن الشيخ * وفي التنوير * اكره القاضي ليقر بسرقة او قتل رجل بعمد او بقطع يد رجل بعمد فاقر بذلك فقطعت يده او قتل ان كان المقر موصوفا بالصلاح اقتص من القاضي وان متهما بالسرقة معروفا بها وبالقتل لا يقتص من القاضي استحسانا لوجود الشبهة * صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباعه صح * والحيلة له فيه من ان اعطى ولا مال لي فاذا قال الظالم بع جاريتك وقد صار مكرها على بيع الجارية فلا ينفذ بيعها المكره باخذ المال * لا يضمن باخذه اذا نوى وقت الاخذ انه يرده على صاحبه والا يضمن * وان اختلفا في النية فالقول للمكره مع يمينه *

كتاب ٢ الحجر

المناسبة بين الكتابين ان كل واحد منهما من العوارض التي تزيل سبب الولاية والرضاء * وسبب تأخير هذا الكتاب من الاكراه لان ما تقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه (هو) في اللغة المنع مطلقا اي منع كان ومنه سمي الحطيم حجرا لانه منع من الكعبة ومنه سمي العقل حجرا لانه يمنع القبائح ومنه قوله تعالى * هل في ذلك قسم لذي حجر * اي لذي عقل * وفي العرف عبارة عن منع حكمي كالنهي الا ان التصرف في الحجر لا يفيد الملك بحال في البيع وفي النهي يفيده بعد القبض كما في البيع الفاسد * فهذا فرق بين الحجر والنهي من حيث الحكم * وكذا يفرق من حيث الماهية لان الحجر د و المنع لحق الغير والنهي هو المنع لحق الشرع * وفي الشرع (منع نفاذ تصرف قولي) لان الحجر في الحكميات دون الحسيات ونفوذ القول حكمي الا ترى انه يرد ولا يقبل والفعل حسي لا يمكن رده اذا وقع فلا يتصور الحجر عنه وهو المراد بقوله هو منع نفاذ تصرف قولي (واسبابه) اي الحجر (الصغر) بان يكون غير بالغ فان كان غير مميز كان عديم العقل وان كان مميزا فعقله ناقص فالضرر محتمل * واذا اذن له الولي صح تصرفه لترجح جانب المصلحة (والجنون) وفي الدرر * فان عدم الافاقة كان عديم العقل كصبي غير مميز وان وجدت في بعض الاوقات كان ناقص العقل كصبي عقل في تصرفاته * واما المعتوه فاختلفوا في تفسيره واحسن ما قيل فيه هو * من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير * الا انه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون * (والرق) ليس سبب الحجر في الحقيقة لانه مكلف مختار كامل الرأي كالحر غير انه وما في يده ملك المولى فلا يجوز ان يتصرف لاجل حقه فان اذن المولى رضي بفوات حقه * اعلم انه تعالى شرف البشر على الانعام بالعقل وركب فيهم الهوى والعقل وجعل في الملائكة العقل دون الهوى وفي البهائم الهوى دون العقل فمن غلب عقله على هواه كان افضل خلقة لما يقاسي من مخالفة الهوى ومن غلب هواه عقله كان اردى من البهائم قال الله تعالى * اولئك كالانعام بل هم اضل * فجعل بعضهم ذوي النهى حتى كان بعضهم ائمة الهدى ومصابيح الدجى وابتلى بعضهم بالردى كالجنون والعته والصغر وجعل تصرف الصغير والمعتوه غير نافذ بالحجر

٢ وفي شرح الوقاية لابن الشيخ * منه
الحجر بالحركات الثلاث الحرام لكونه ممنوعا عنه * وكذا سمي الحجر حجرا لامتناعه عن التأثير فيه لصلابته منه

عليهما كيلا يتعلق بهم الضرر باحتيـال بعض من يعاملهما وجهل الصبا والجنون سببا للحجر عليهما «كل ذلك رحمة منه ولطفا» كما فى التبيين» ثم فرعه بقوله (فلا يصح تصرف صبى او عبد بلا اذن ولى او سيد) لما قرناقبله «هذا لف ونشر مرتب» فلو قال وسيد بالواو لكان اولى (ولا) يصح (تصرف المجنون المغلوب بحال) ولو اجازه الولى لعدم عقله * قيد بالمغلوب اى المستغرق لانه ان كان يجن تارة ويفيق اخرى فهو فى حال افاقته كالعاقل (ومن عقد منهم) اى من هؤلاء المحجورين (وهو يعقله) اى٣ يعقل العقد (فوليه مخير بين ان يجيزه) اى العقد (او يفسخه) لانه اذا كان بهذه الصفة يحتمل ان يكون فى عقده مصلحة فيجيزه الولى او المولى ان رأى فيه ذلك كعقد الاجنبى وعند الائمة الثلاثة لا تصح اجازته (و من اتلف منهم) اى من المحجورين (شيأ فعليه) اى على من اتلف (ضمانه) لاجماع لانهم غير محجورين عليهم فى الافعال (ولا يصح طلاق الصبى والمجنون) ولو قال والمجنون بالواو لكان اولى (ولا) يصح (اعتاقهما) لقوله عليه السلام «رفع القلم عن الثلاث عن الصبى حتى يحتلم ومن المجنون حتى يفيق * وظاهره يقتضى ان لا يتعلق باقوالهما حكم» وكذلك لا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما (ولا اقرارهمـا) لنقصان عقلهما او عدمه (وصح طلاق العبد) لقوله عليه السلام «لا يملك العبد والمكاتب الا الطلاق» (وصح اقراره) اى اقرار العبد (فى حق نفسه) لكونه مكلفا واهلا (لا فى حق سيده) لعدم ولاية العبد عليه «ثم فرعه بقوله (فلو اقر) اى العبد المحجور (بمال لزمه بعد عتقه) لانه اقرار على غيره وهو المولى لما انه وما فى يده ملك المولى فاذا اعتق زال المانع «هذا اذا اقر اثير المولى» واما اذا اقر له به فلا يلزمه شئ * وفى الخانية «ولو ان صبيا سفيها محجورا استقرض مالا فيعطى صداق المرأة صح استقراضه فان لم يعطه المرأة وصرف المال فى بعض حوائجه لا يؤاخذ به لا فى الحال ولا بعد البلوغ لانه ليس من اهل الالتزام بخلاف العبد المحجور فانه يؤاخذ به بعد العتق لانه اهل الالتزام * (وان) اقر العبد المحجور (بحد اوقود لزمه فى الحال) لانه مبقى على اصل الحرية والآدمية فى ايجاب الحد عليه وفى حق الدم «ولهذا لا يجوز اقرار المولى عليه فى الحد والقصاص (ولا يحجر على السفيه) اى لا يحجر حر عاقل بالغ عن التصرف بسبب سفهه هو اتلاف مال بلا مصلحة لخفة عقله عند الامام لانه لا يرى الحجر على الحر البالغ العاقل بسبب السفه والدين والغفلة (وان) وصلية (كان مبذرا) لانه مخاطب قادر على التصرف فابطال قدرته يؤدى الى اهدار آدميته وهذا اضر من ضرر الاتلاف (ومن بلغ غير رشيد) وهو لا ينفق ماله فيما يحل ولا يمسك عما يحرم ويتصرف فيه بالتبذير والاسراف (لا يسلم اليه ماله) بالاجمـاع لبقاء اثر الصبا * فلو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبا (مالم يبلغ سنه خمسا وعشرين) سنة (فاذا بلغها دفع اليه) ماله عند الامام (وان) وصلية (لم يؤنس رشده) لان هذا السن لا ينفك عنه الرشـد الا نادرا والحكم فى الشرع للغلبة (وان تصرف) السفيه (فيه) اى فى ماله (قبل ذلك) اى قبل البلوغ الى خمس وعشرين (نفذ) تصرفه لعدم الحجر

٣(قوله: يعقل العقد) اى يعرف ان البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به تحصيل الربح والزيادة منه

٤ والمراد من الرشد المذكور في القرآن هو كونه مصلحا في ماله فقط * سعد

عنده كما ذكر (وعندهما) والائمة الثلاثة (يحجر على السفيه ولا يدفع اليه ماله مالم يؤنس ٤ رشده ولا يصح تصرفه) اي تصرف السفيه (فيه) اي في ماله بسبب سفه في تصرفات لا تصح مع الهزل كالبيع والهبة والاجارة والصدقة ولا يحجر عليه في غيرها كالطلاق والعتاق ولا عن الاسباب الموجبة للعقوبة كالحدود والقصاص اذ لا يجرى الحجر فيها بالاجماع لقوله تعالى «ولا تؤتوا السفهاء اموالكم» الى قوله فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم » اذ الامر بالدفع عند ايناس الرشد فلا يجوز الدفع قبل العلم بالرشد لان علة المنع هي السفه فيبقى المنع مادامت العلة باقية فلا يكون للزمان دخل هنا * وفي التنوير نقلا عن الخانية وبقولهما يفتى » ثم فرعه بقوله (فان باع) المحجور (لا ينفذ) بيعه لانه محجور عندهما * فائدة الحجر عدم النفاذ (وان) كان (فيه) اي في بيعه (مصلحة) بان كان بمثل القيمة او كان رابحا او كان الثمن باقيا في يده (اجازه الحاكم) وان كان الثمن اقل من القيمة او كان البيع خاسرا او لم يبق الثمن في يده لم يجزه * والحاصل ان تصرفه موقوف لاحتمال ان يكون فيه مصلحة * فاذا رأى الحاكم فيه مصلحة اجازه والا رده * وان باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف وعند محمد لا يجوز (وان اعتق) عبدا (نفذ) عتقه عندهما لان كل كلام لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه السفه والعتق لا يؤثر فيه الهزل فينفذ من السفيه * وعند الشافعي لا ينفذ * والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه (وسعى العبد في قيمته) اي اذا نفذ عندهما فعلى العبد ان يسعى في قيمته عند محمد وهو قول ابي يوسف اولا * لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض * وفي قوله الاخير وهو رواية عن محمد ليس عليه سعاية لانه لو وجب انما يجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق (وان دبر) عبده (صح) تدبيره لانه يوجب حق العتق للمدبر فيعتبر بحقيقة العتق الا انه لا تجب السعاية مادام المولى حيا لانه باق على ملكه (فان مات) المولى (قبل رشده) اي قبل ان يؤنس منه الرشد (سعى العبد في قيمته مدبرا) لانه بموت المولى عتق ولانه اعتقه في حياته فعليه السعاية في قيمته مدبرا لان العتق لاقاه مدبرا كما لو اعتقه بعد التدبير وفي شرح الكنز للعيني «وان جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والامة ام ولد له ولا تسعى هي ولا ولدها في شيء * بخلاف ما لو اعتقها من غير ان يدعي الولد ولو لم يكن معها ولد فقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها فان مات سعت في كل قيمتها كالمريض اذا قال لامته وليس معها ولد فقال هذه ام ولدي (ويصح تزوجه) اي تزوج السفيه ملابسا (بمهر المثل) وانما صح نكاحه لانه لا يؤثر فيه الهزل ولا يؤثر فيه السفه مع ان التزوج من حوائجه الاصلية ومن ضرورة صحة النكاح وجوب المهر فيلزم منه قدر مهر المثل لانه من ضرورات صحته كما في اكثر الكتب لكن ان ما هو من ضرورات صحة النكاح مقدار النصاب من المهر لا قدر مهر المثل تدبر (وان سمى اكثر) اي من مهر المثل (بطلت الزيادة) «لان ما زاد عليه يلزمه بالتسمية وهو ليس من اهل

التزام المال * وان طلقها قبل الدخول وجب لها نصف المسمى * وكذا لو تزوج اربعا او تزوج كل يوم واحدة فطلقها * كما في التبيين (وتخرج) على صيغة المبنى للمفعول من الافعال (زكاة مال السفيه) لانه واجب عليه حقا لله (وينفق منه) اى من ماله (عليه وعلى من تلزمه نفقته) من اولاده وزوجته وسائر من تجب عليه نفقته لان احياء هؤلاء من حوائجه الاصلية حقا لقريبه والسفه لا يبطل حق الله تعالى ولا حق الناس (ويدفع القاضى قدر الزكاة) من ماله (اليه) اى الى السفيه (ليؤدى بنفسه) ليصرفها الى مصرفها لان الواجب الايتاء وهو عبارة عن فعل يفعله هو عبادة ولا يحصل ذلك الا بنية (ويوكل) اى القاضى (امينا الى ان يؤديها) كيلا يصرفها الى غير المصرف * ويسلم القاضى النفقة الى امينه ليصرفه الى مستحقها لانه لا يحتاج فيه الى النية فاكتفى فيها بفعل الامين (فان اراد حجة الاسلام لا يمنع منها) اى من الحجة لانه واجب عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه * وفى الفرائض هو ملحق بالمصلح وغير السفيه اذ لا تهمة فيه (ولا يمنع (من عمرة واحدة) والقياس ان يمنع لانه تطوع كالحج تطوعا * وجه الاستحسان انها واجبة عند بعض العلماء فيمكن منها احتياطا * وكذا لا يمنع من ان يسوق البدنة تحرزا عن موضع الخلاف ولا يمنع من القران * وان جنى فى احرامه ينظر ان كانت جناية يجوز فيها الصوم كقتل الصيد والحلق عن اذى ونحو ذلك لا يمكن من التكفير بالمال بل يكفر بالصوم وان كانت جناية لا يجزى فيه الصوم كالحلق من غير ضرورة والتطيب وترك الواجبات فانه يلزمه الدم * ولكن لا يمكن من التكفير فى الحال بل يؤخر الى ان يصير مصلحا بمنزلة الفقير الذى لا يجد مالا والعبد المأذون له فى الاحرام * وكذا لو جامع امرأته بعد الوقوف بعرفة تلزمه بدنة ثم يتأخر الى ان يصير مصلحا (وتدفع نفقته) اى نفقة السفيه فى طريق الحج والعمرة (الى ثقة) من الحجاج (ينفق اليه) اى الى السفيه (فى الطريق) بالمعروف (لا) تدفع (اليه) كيلا يبذر ولا يسرف (وتصح منه) اى من السفيه (الوصية فى القرب) جمع قربة (وابواب الخير من الثلث) وان كان له وارث * والقياس انها لا تصح لانها تبرع * لكنا استحسنا ذلك اذا كانت مثل وصايا الناس لانها قربة يتقرب بها الى الله تعالى وهو يحتاج اليها سيما فى هذه الحالة وفيه اشارة الى انه اذا اوصى بما يستقبحه المسلمون فلا ينفذ * كما فى التبيين (ويحجر على المفتى الماجن) هو الذى يعلم الناس الحيل الباطلة بان علم المرأة الارتداد لتبين من زوجها وبان علم الرجل ان يرتد لتسقط عنه الزكاة ثم يسلم ولا يبالى ان يحرم حلالا او يحل حراما (والطبيب الجاهل) هو الذى يسقى الناس فى امراضهم دواء مخالفا لعدم علمه فيفسد ابدان المسلمين (والمكارى المفلس) لانه يأخذ الكراء او لا يشترى به الجمال والظهر ويدفع الى بعض ديونه فيعوق المسلمون من نحو الحج والغزو (اتفاقا) قيد للثلاثة جميعا لان منع كل واحد منها دفع ضرر العامة اذ المفتى الماجن يفسد على الناس دينهم والطبيب الجاهل يهلك ابدانهم والمكارى المفلس يتلف اموالهم فيحجر هؤلاء عن عملهم لان المنع عن ذلك من باب الامر بالمعروف والنهى عن المنكر (ولا يحجر على فاسق) سواء كان اصليا او طاريا (ومغفل اذا كان) كل واحد منهما (مصلحا لماله) لان

حجر السفيه عندهما كان للنظر له صيانة والفاسق يصلح ماله فيدخل تحت قوله تعالى « فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم » لانه تعالى علق الدفع بمطلق رشد واحد لانه نكرة في الاثبات فيكون اوله كافيا * فالمراد هو الرشد في المال لا في الدين بكسر الدال والا يلزم الرشدان ولو كان الفسق موجبا للحجر لكان حجر الكافر اولى به ولم يذهب اليه احد * وعند الشافعي يمنع زجراله وعقوبة عليه وان كان مصلحا لماله * ولذا لا يكون الفاسق اهلا للولاية والشهادة عنده * وفي المنح « ولو ان قاضيا حجر على مفسد يستحق الحجر ثم رفع الى قاض آخر فاطلقه ورفع عنه الحجر فاجاز ما صنع جاز اطلاق الثاني لان قضاء الاول كان في فصل مجتهد فيه * وهذا اختلاف في نفس القضاء ولان الحجر الاول لم يكن قضاء لعدم المقضى عليه فينفذ قضاء الثاني فهو بمنزلة مالو قضى وهو محجور عليه فاذا اطلقه الثاني صح اطلاقه وليس للقاضي الثالث بعد ذلك ان ينفذ قضاء الاول بالحجر * وكذا لا يحجر من له غفلة شديدة عند الامام لانه ليس بمفسد ماله ولا يقصده لكنه لا يهتدى الى التصرفات الرابحة فيغبن في البياعات لسلامة قلبه * وعندهما يمنع القاضي من التصرف شفقة له وهو قول الائمة الثلاثة كما في اكثر المعتبرات لكن المصنف لم يذكر الاختلاف في المتن بل اتى بصورة الاتفاق اكتفاء بذكر الخلاف في حكم السفيه لمشاركة في اتلاف المال او لعدم اعتناء قولهما في هذه المسئلة * تتبع (ولا) يحجر (على مديون) وان طلب الحجر غرماؤه عند الامام لان المنع عن التصرف بطلب الغرماء يبطل اهليته والحاقه بالبهائم وهو شنيع لا يرتكب لدفع ضرر خاص (ولا يبيع القاضي ماله) اى مال المديون (فيه) اى في الدين لان تصرف الحاكم فيه حجر عليه ولان البيع لا يجوز الا بالتراضي بالنص فيكون باطلا (بل يحبسه) اى القاضي لبيع ماله (ابدا حتى يبيعه) اى المال (هو) اى المديون (بنفسه) فيكون الحبس لقضاء الدين لا لاجل البيع لان قضاء الدين بالبيع ليس بطريق متعين بل يكون بالاستيهاب والاستقراض والصدقة من الناس الا ان قدرته على القضاء ببيع ماله الموجود اظهر من قدرته عليه بالاستقراض وغيره وسبب الحبس المماطلة والظلم بتأخير القضاء الواجب وامتناعه مع القدرة عليه (فان كان) والاولى بالواو (ماله) اى مال المديون (من جنس دينه) كالدراهم (اداه) اى الدين (الحاكم منه) من جنس الدراهم بالاجماع لان للدائن الاخذ بلا رضاء المديون عند المجانسة فالقاضي اذا قضى دينه لا يلزم حجره عند الامام لان قضاء الدين من القاضي اعانة (ويبيع احد النقدين بالآخر استحسانا) بالاجماع * وفي القياس لا يبيع الدراهم للدنانير ولا الدنانير للدراهم للاختلاف في الصورة * ولا يأخذ رب الدين جبرا * وجه الاستحسان الاتحاد في الثمنية * ولذا يضم احدهما الى الآخر في الزكاة (وعندهما) وعند الائمة الثلاثة (يحجر عليه) اى على المديون (ان طلب غرماؤه) الحجر عليه (ويمنع من التصرف) الذى يضر بالغرماء (و) يمنع من (الاقرار) « اى اقرار الدين بغيرهم حتى لا يضر بالغرماء لان الحجر على السفيه انما جوزناه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم * ومعنى قولهما ومنعه من البيع ان يكون باقل من ثمن

المثل اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه * كما في الهداية (ويبيع الحاكم ماله) اى مال المديون الحاضر ليؤدى الدين من ثمنه لانه او كان غائبا لا يبيع ماله اتفاقا (ان امتنع من بيعه (ويقسمه) اى يقسم ثمنه (بين غرمائه بالحصص) اذ الايفاء حق عليه فبابائه ناب عنه الحاكم كجب فان المجبوب اذا امتنع عن المفارقة فرق الحاكم بينهما * والاصل ان من امتنع عن ايفاء حق مستحق عليه وهو مما تجرى فيه النيابة ناب القاضى منابه كذمى اسلم عبده فابى ان يبيعه باعه القاضى عليه (وان اقر حال حجره) بمال (لزمه) ذلك المال (بعد قضاء ديونه لا فى الحال) لان المديون المحجر للغرماء تعلق حقهم بما فى يده فلا يملك ابطاله بالاقرار لغيرهم مع ان الاقرار امر مشاهد فيحتمل ان يكون كاذبا فلا يزاحم * لكن ينفذ اقراره على نفسه * وفيه اشارة الى انه لو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره وتبرعاته فيه لان حقهم تعلق بالمال القائم لا بالمستفاد والى انه لو استهلك مالا لغيرهم فله ان يشاركهم فيما فى يده لانه مشاهد * وكذا لو تزوج امرأة بمهر مثلها * وكذا لو كان سبب وجوب الدين ثابتا عند القاضى بعلمه او بشهادة الشهود فله ان يشاركهم فيه (وينفق من مال المفلس عليه وعلى من تلزمه نفقته) كاولاده الصغار وزوجته وذوى ارحامه لان حاجته الاصلية مقدمة على الغرماء (والفتوى على قولهما فى بيع ماله لامتناعه) عن البيع كما فى الاختيار (وتباع النقود) جملة مستأنفة استينافا بيانيا كأن قائلا قال اذا كان الفتوى على قولهما فى بيع ماله فاى ماله يباع اولا فاجاب بقوله وتباع النقود اولا (ثم تباع (العروض ثم العقار) وقيل يبدأ القاضى ببيع ما يخشى عليه التوى من عروضه ثم ما لا يخشى عليه التلف منه ثم بيع العقار * فالحاصل ان القاضى نصب ناظرا فينبغى له ان ينظر للمدين كما ينظر للدائن فيبيع ما كان انظر اليه * و بيع ما يخشى عليه التلف انظر له (ويترك له) اى للمديون (دست من ثياب بدنه) ويباع الباقى لان به كفاية (وقيل) يترك له (دستان) * لانه اذا غسل ثيابه لا بدله من ملبس وقالوا اذا كان للدين ثياب يلبسها ويكتفى بدون ذلك فانه يبيع ثيابه فيقضى الدين ببعض ثمنها ويشترى بما بقى ثوبا يلبسه لان قضاء الدين فرض عليه وكان اولى من التجمل * وعلى هذا اذا كان له مسكن ويمكنه ان يجترى بما دون ذلك يبيع ذلك المسكن ويقضى ببعض ثمنه الدين ويشترى بالباقى مسكنا يكفيه كما فى التبيين (ومن افلس وعنده متاع رجل شراه منه) * اى من الرجل فقبضه من البائع بعد الشراء باذنه والمتاع قائم بيده (فرب المتاع اسوة الغرماء فيه) اى فى المتاع فيبيع ويقسم ثمنه بينهم بالحصص اذا كان الدين كله حالا واما اذا كان الدين بعضه حالا فيقسم بين غرماء الحال ثم بعد انقضاء الاجل شاركهم فيما قبضوه بالحصص * كما فى القهستانى * قيدنا القبض بعد الشراء بالاذن لانه ان افلس قبل قبضه او بعده بغير اذن بائعه كان للبائع استرداده وحبس المبيع بالثمن * وقال الشافعى البائع اولى سواء كان قبل القبض او بعده

فصل

فى بيان احكام البلوغ (يحكم ببلوغ الغلام بالاحتلام او الانزال او الاحبال) اى بجعل المرأة حبلى (وبلوغ الجارية بالحيض او الاحتلام او الحبل) بفتحتين وذا لا يكون بلا انزال منهما * ولذا لم يذكر الانزال فى الجارية * قيل وجه عدم الذكر فيها انه امر باطنى لا يعلم

منها كما يعلم من الصبي * وفي الدرر « الاصل ان البلوغ يكون بالانزال حقيقة ولكن غيره مما ذكر لايكون الامع الانزال فجعل كل واحد علامة على البلوغ » وفي التسهيل « فعلى هذا ينبغي ان يكون المراد بالاحتلام هو الاحتلام مع الانزال فحينئذ ينبغي ذكر الانزال عن ذكر الاحتلام » وفي الفرائد « في عدم كون الحيض لامع الانزال كلام تدبر » اه * لكن يمكن ان الحيض لايوجد الا من يحبل عادة وذا يكون بعد الانزال (فان لم يوجد شيء من ذلك) اي من اسباب الحكم ببلوغهما (فاذا تم له) اي للغلام (ثماني عشرة سنة) يحكم ببلوغه (و) اذا تم (لها سبع عشرة سنة) يحكم ببلوغها عند الامام لقوله تعالى « ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن حتى يبلغ اشده » واشد الغلام على ماقاله ابن عباس رضي الله عنهما ومن تبعه ثماني عشرة سنة * وقيل اثنان وعشرون * وقيل خمس وعشرون * فوجب ان يدور الحكم على القول الاول للاحتياط الا ان الجارية اسرع بلوغها من الغلام ففرقنا بينهما بسنة (وعندهما) والائمة الثلاثة (اذا تم خمس عشرة سنة فيهما) اي في الغلام والجارية (وهو رواية عن الامام وبه يفتى) لان علامة البلوغ لاتتأخر عن هذه المدة فيهما غالبا (وادنى مدته) اي مدة البلوغ بالاحتلام ونحوه (له) اي للغلام (اثنا عشرة سنة ولها) اي للجارية ادنى المدة (تسع سنين) كذا ذكروا ولايعرف ذلك الا سماعا اوبالتتبع (واذا راهقا) اي قربا بالبلوغ (وقالا) قد (بلغنا صدقا) في دعواهما ان لم يكذبهما الظاهر لما في الخانية « صبي اقر انه بالغ وقاسم وصي الميت قال ابو بكر محمد بن الفضل ان كان الصبي مراهقا قبل قوله وتجوز قسمته وان لم يكن مراهقا ويعلم ان مثله لايحتلم لاتجوز قسمته ولايقبل قوله لانه يكذب ظاهرا * وتبين بهذا ان بعد ثنتي عشرة سنة اذا كان بحال لايحتلم مثله اذا اقر بالبلوغ لايقبل قوله » (وكانا) اي الغلام والجارية (كالبالغ حكما) اي احكامهما حكم البالغين لانه امر لا يوقف عليه الا من جهتهما فيقبل فيه قولهما بالضرورة

﴿ كتاب المأذون ﴾

اورد المأذون بعد الحجر لظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضي سبق الحجر وفي اللغة عبارة عن الاعلام * وفي الشرع (الاذن فك الحجر) الثابت شرعا (واسقاط الحق) « مطلقا سواء كان حق الصبي او المعتوه او حق مولى عبد * وقد ذهب البعض الى تخصيص الاسقاط بحق مولى العبد هنا وهو التصرف والخدمة لمولاه اذ هذا الحق يمنع تصرف العبد لنفسه فاذا اسقط المولى حقه هذا يقدر العبد الى الاكتساب بالاضافة الى نفسه ليتعلق حق من يعامله بذمته ولايقدر الى دفع يد مولاه عما اكتسبه كالحر فيأخذ من كسب عبده » كما في شرح الوقاية لابن الشيخ * وفي الدرر « والاذن نوعان احدهما اذن العبد وهو فك الحجر بالرق الثابت شرعا على العبد واسقاط الحق فيتصرف العبد لنفسه باهليته والنوع الثاني اذن الصبي والمعتوه وهو فك الحجر واثبات الولاية لهما » (ثم يتصرف العبد) بعد ذلك لنفسه (باهليته) القديمة * فقوله ثم يتصرف عطف على محذوف فان قوله الاذن فك الحجر معناه اذا اذن المولى ينفك الحجر عن العبد فعطف على قوله ينفك قوله ثم يتصرف العبد فقوله واسقاط الحق كالتفسير لقوله فك الحجر (فلا تلزم) تفريع على كون تصرف العبد لنفسه باهليته (سيده عهدته) اي عهدة التصرف كما اذا اشترى

شيأ ولم يؤد ثمنه يطالب منه الثمن ولم يرجع على سيده لانه اشترى لنفسه لا لسيده * والوكيل
عكس هذا اذا الثمن يطالب من الموكل لا من الوكيل (ولا يتوقت) الاذن بزمان ولا مكان (فلو
اذن له) اى للعبد (يوما) ونحوه من اليوم المعين والليل والشهر والسنة اومكانا (فهو
مأذون دائما الى ان يحجر عليه) لان الاسقاطات لا تتوقت * فان قيل ينبغى ان لا يكون له ولاية
الحجر لان الساقط لا يعود * قلت بقاء ولاية الحجر باعتبار بقاء الرق فكان فى الحجر امتناع من
الاسقاط فيما يستقبل الا ان الساقط يعود * وفيه اشارة بان تعلق الاذن بالشرط جائز كاضافته
الى المستقبل * كما فى القهستانى (ولا يتخصص) بنوع من التجارة (فاذا اذن فى نوع من التجارة
كان مأذونا فى سائر الانواع) حتى * لو اذن بشراء الخز ونهى عن شراء البز كان اذنا بشراء البز
وغيره وان لم يكن العبد مهتديا الى التصرف فى غير الخز والسيد عالم به فان قلت انه ازال الحجر
فى حق تصرف خاص * قلت نعم الا انه يوجب الرضاء بتعطيل منافعه مطلقا والتخصيص لغو * كما فى
القهستانى * وقال زفر الاذن عبارة عن توكيل وانابة فيتقيد بما قيد به المولى وبه قال الشافعى
واحد (ويثبت) الاذن (صريحا) كما اذا قال لعبده اذنت لك فى التجارة (ودلالة بان رأى
عبده يبيع ويشترى فسكت) ولم يمنعه منه فسكوته اذن له فى التجارة * بخلاف سكوت القاضى فانه
ليس باذن * لكن لا يكون مأذونا فى ذلك الشئ لانه وسيلة الاذن ووسيلة الشئ خارج من ذلك
الشئ (سواء كان البيع للمولى اولغيره بامره اوبغير امره) بيعا (صحيحا او فاسدا) وفى التبيين
* هكذا ذكره صاحب الهداية وغيره * وذكر قاضيخان فى فتاواه اذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان
المالك فسكت لم يكن ذلك اذنا له * وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن *
اه * لكن يمكن التوفيق بين كلام صاحب الهداية وقاضيخان بان يقال ان مراد قاضيخان بقوله
لم يكن ذلك اذنا له هو ان سكوت المالك فيما اذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان مال المولى لا يصير اذنا
فى حق ذلك التصرف الذى صادفه السكوت لا فى حق سائر تصرفات ذلك العبد فى باب التجارة
مطلقا ويرشد اليه قوله وكذا المرتهن الخ * فان المراد هناك عدم صحة التصرف الذى صادفه
السكوت لا محالة * وكذا يؤيده ما قاله القهستانى فى هذا المحل نقلا عن الذخيرة * فانه يصير مأذونا
فيما يستقبل فيصح تصرفاته فيه لا فيما يبيع من مال سيده فى الحال لانه لا بد فيه من الاذن الصريح *
بخلاف ما اذا اشترى من ماله * فعلى هذا ان ما فى الدرر فى هذا المحل محل تأمل تتبع * وعند زفر
والشافعى لا يثبت الاذن بسكوت المولى عند ما يراه يبيع اويشترى لانه يحتمل الرضى والسخط
فلا يثبت بالشك * ولنا ان العادة قد جرت بذلك لاجل دفع الضرر عن الناس (والمأذون) خبر
مقدم (اذنا عاما لا بشراء شئ بعينه او) شراء (طعام الاكل او) شراء (ثياب الكسوة) يعنى للعبد
الذى قال له مولاه * قد اذنت لك فى التجارة * ولم يقيده بشراء شئ بعينه او بشراء طعام الاكل او
ثياب الكسوة ولم يقيده ايضا بنوع من التجارة (ان يبيع) مبتدأ مؤخر (ويشترى) * لان
اللفظ يتناول جميع انواع التجارات * واما اذا امره بشراء شئ بعينه كالطعام والكسوة لا يكون
مأذونا له لانه استخدام ولو صار مأذونا له لتضرر * كما فى شرح الكنز للعينى * وفى القهستانى * اذا

قال له اذنت لك في التجارة اي في كل تجارة او قال له اشتر لي ثوبا وبعه او قال له آجر نفسك من الناس فانه صار مأذونا لانه امر بالعقود المتكررة* بخلاف ما لو قال اشتر لي ثوبا للكسوة او آجر نفسك من فلان في عمل كذا فانه لم يصر مأذونا لانه امره بعقد واحد وقد صح ان يكون استخداما فلو لم يصح للاستخدام صار مأذونا وان امره بعقد واحد كما اذا غصب العبد متاعا وامره السيد ان يبيعه فانه صار مأذونا لانه لم يكن ان يجعل استخداما لا للسيد وهذا ظاهر ولا للمالك لانه لم يعمل له* وعلى هذا الاصل يخرج جنس هذه المسائل كما في الذخيرة (ويوكل بهما) اي له التوكيل بالبيع والشراء لانه من توابع التجارة فلعله لا يتمكن من مباشرة الكل فيحتاج الى معين (و) له ان (يسلم) اي يجعل نفسه رب السلم (و) له ان (يقبل السلم) اي يجعل نفسه المسلم اليه لانهما من توابع التجارة (و) له ان (يرهن ويرتهن) لانهما ايفاء واستيفاء وهما من توابع التجارة (ويزارع) اي له ان يدفع الارض مزارعة ويأخذها مزارعة لانها من عمل التجارة (و) له ان (يشتري بذرا يزرعه) لان يربح (و) له ان (يشارك عنانا) لانه وكالة وليس ان يشارك مفاوضة لانها كفالة (و) له ان (يستأجر) الاجير والبيت وغيرهما (ويؤجر ولو) وصلية (نفسه) فان اجارة نفسه بيع منافعه وليس كبيع نفسه فيملك التصرف* وعند الائمة الثلاثة ليس له ذلك لان ذلك تصرف في نفسه فلا ينتظمه الاذن (و) له ان (يضارب) اي يأخذ المال مضاربة (ويدفع المال مضاربة) لانه ان دفع يكون مستأجرا وان اخذ يكون موجرا نفسه وهما من التجارة (و) له ان (يبضع) اي يدفع المال بضاعة يعني له ان يعطي رجلا قدر رأس المال ليتجر به ويكون الربح له (و) له ان (يعير و) له ان (يقر ٢ بدين) اذ لو لم يجز الاقرار لم يعامله احد فيكون من لوازم المعاملة سواء صدقه المولى او كذبه وسواء كان مديونا او لا * هذا اذا كان اقراره في صحته* وان كان في المرض غرماء الصحة كما في الحر * وعند الائمة الثلاثة بدين معاملة فقط* واذا اقر لزوجته ووالده وولده بطل عند الامام خلافا لهما (ووديعة) لان الايداع وقبول الوديعة من عادة التجار فله ان يقر بها (وغصب) لان ضمان الغصب معاوضة فيملك المغصوب بالضمان فله ان يقر به (ولو باع او اشترى بغبن فاحش جاز) عند الامام* لان المأذون متصرف باهلية نفسه كالحر فيصح عقده بالفاحش ولو نهي عن البيع بالغبن الفاحش* كما في المنح (خلافا لهما) لان المقصود من الاذن الاسترباح والعقد بالفاحش اتلاف فلا يدخل تحت الاذن فلا يجوز *قيد بالفاحش لان بيعه وشراءه بغبن يسير جائز بالاتفاق لتعذر الاحتراز عنه (ولو حابى) العبد المأذون اي باع شيأ باقل من قيمته* والمحاباة الغبن بالرضاء (في مرض موته صح من جميع المال ان لم يكن عليه) اي على المأذون (دين) فينفذ وان زادت المحاباة على الثلث (وان كان) عليه دين (فمن جميع ما بقي) بعد الدين* يعني يؤدي دينه اولا فما بقي يكون المحاباة من جميعه* لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الوارث ولا وارث للعبد والمولى* وان كان بمنزلة الوارث الا انه رضي بسقوط حقه بالاذن فصار كالوارث اذا اسقط حقه من الثلثين (وان لم يبق) شيء بعد الدين بان كان محيطا بما في يده (ادى المشتري جميع المحاباة او رد المبيع)

٢ المراد بالدين ما حصل بالتجارة لانه لو لم يحصل به كاقراره بمهر لا يصح فلا يؤاخذ به قبل العتق *وفي المحيط هذا اذا اقر قبل ان يباع ولو اقر بعده لا يصدق على الغرماء لانه بالبيع صار محجورا و اقرار المحجور لا يصح* كما في شرح المجمع * منه

اى» يقال له ادجج المحاباة والا فارددا لبيع كما فى الحر* هذا اذا كان المولى صحيحا وان مريضا لا يصح محاباة العبد الا من ثلث مال المولى كتصرف المولى بنفسه كما فى التبيين (وله) اى للمأذون (ان يضيف معامله) لجريان العادة بذلك بين التجار لاستجلاب القلوب وفى البزازية ويتخذ الضيافة اليسيرة* لا الكثيرة* وذا بقدر المال حتى لو كان فى يده عشرة آلاف درهم فبعشرة يسيرة ولو عشرة دراهم فى يده فبدانق كثيرة (و) له ان (يحط من الثمن) قدر ما يحط التجار لانه لا يملك ان يحط من الثمن اكثر من العادة لانه تبرع بعد تمام العقد (بعيب) اى بسبب عيب ظهر فيه لانه من صنيع التجار* قيد بالعيب لانه لا يحط بدونه لانه تبرع (و) له ان (يأذن لرقيقه فى التجارة) لانه نوع تجارة* والاصل ان كل من له ولاية التجارة يصح اذنه للعبد فيها كالمكاتب والمأذون والمضارب والاب والجد والقاضى وشريكى المفاضة والعنان والوصى* ولا يجوز ذلك للام والاخ والعم لانه ليس لهم ولاية التجارة* كما فى الاختيار (لا ان يتزوج) اى ليس للمأذون ان يتزوج الا باذن المولى لانه ليس من باب التجارة* ولا ان يتسرى جارية اشتراها وان اذن له مولاه* كما فى جواهر الفقه (او يزوج عبده) لان التزويج ليس بتجارة فلا ولاية له فى ذلك الا باذن المولى (وكذا) لا يزوج (امته) عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) فان عنده يزوج الامة دون العبد لان تزويجها تحصيل مال باسقاط النفقة وايجاب المهر فيصير كاجارتها* ولهما ان الاذن لا يتناول غير التجارة* وقدمر ان التزويج ليس منها (ولا ان يكاتب) رقيقه لانه ليس بتجارة* اذ هى مبادلة مال بمال وبدل الكتابة مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال (او يعتق ولو) وصلية (بمال) لان الاعتاق فوق الكتابة فاذا لم يملك هذا لا يملك الاعلى ولانه ليس بحر فلا يملك التحرير * وهذا اذا لم يجز المولى فان اجاز ولا دين عليه جاز * وكذا اذا كان عليه دين عندهما لكن ضمن قيمة العبد للغرماء (او يقرض) اى ليس له ان يقرض لانه تبرع ابتداء (او يهب ولو) وصلية (بعوض) لانها من التبرعات (او يهدى) اى ليس له الاهداء (الا) اهداء الشئ (اليسير من الطعام) كالرغيف ونحو لاستجلاب القلوب * لا الدراهم والدنانير (والمحجور لا يهدى اليسير ايضا) لعدم الاذن (وعن ابى يوسف اذا دفع المولى الى) العبد (المحجور قوت يومه فدعا بعض رفقائه) على ذلك الطعام (للاكل معه فلا بأس به) لعدم ظهور الضرر على المولى (بخلاف ما لو دفع اليه) اى الى العبد المحجور (قوت شهر) لما فيه كاهم حينئذ ضرر بين للمولى (قالوا* ولا بأس للمرأة ان تتصدق من بيت زوجها باليسير كالرغيف ونحوه) بدون استطلاع رأى الزوج لانها غير ممنوعة من قبله عادة* وهذه المسئلة ليست من مسائل هذا الباب فيكون ذكرها لمناسبة هى كونها مأذونة عادة وفى اكثر الكتب والاب والوصى لا يملكان فى مال الصغير ما يملكه العبد المأذون له من اتخاذ الضيافة اليسيرة والصدقة (وما لزم المأذون من الدين بسبب تجارة او ما فى معناها) اى فى حكم التجارة (كبيع وشراء) نظير للتجارة قيل صورة وجوب الدين بالبيع والشرى ان يبيع ويستحق المبيع ويهلك الثمن فى يده (واجارة واستئجار وغصب وجحد امانة وعقر امة شراها فوطئها فاستحقت) نظير لما هو فى معنى التجارة * قيل صورة وجوب الدين بالاجارة

ان يأخذ المأذون الاجرة معجلا ثم يهلك المسأجر او يستحق قبل تمام المدة (يتعلق) ذلك الدين (برقبته)* اى المأذون *وفيه اشعار بانه لو باع مولاه بعد الدين كان باطلا فقيل معناه سيبطل لانه موقوف على اجازة الغرماء* وقيل انه فاسد لانه لو اعتقه المشترى بعد القبض يصح ولزمه قيمته فلا يكون موقوفا* كما فى القهستانى (فيباع فيه) اى يبيع القاضى المأذون مرة فى ذلك الدين بطلب الغرماء بحضرة مولاه او نائبه وان لم يرض بذلك مولاه (ان لم يفده) اى الدين (المولى) وقال زفر يتعلق بالكسب لا بالرقبة لانه مأذون فى التجارة لا فى التصرف فى رقبته لان غرض المولى من اذنه تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان بخلاف دين الاستهلاك فانه يباع فيه لجناية لا تعلق لها بالاذن* وبه قال الشافعى ومالك» وعن احمد يتعلق بذمة مولاه ولنا انه ظاهر فى المولى بسبب الاذن وكل دين يظهر فى حقه فهو متعلق بالرقبة لانه لا بد من محل يستوفى منه واقرب المحال اليه نفسه فصار كدين الاستهلاك والجامع دفع ضرر الناس (ويقسم) القاضى (ثمنه) اى ثمن العبد (ومافى يده) اى يد المأذون (من كسبه) بين الغرماء (بالحصص) اى بمقدار نصيب دين كل واحد منهم لان ديونهم متعلقة برقبته فيتحاصصون فى الاستيفاء من البدل كما فى التركة (سواء) كان (كسبه) اى كسب المأذون مافى يده (قبل الدين او بعده او اتهبه) وحاصله سواء كان كسبه قبل الدين او بعده بالمبايعة او بقبول الهبة» وفيه اشعار بانه يشترط حضور المأذون فى بيع كسبه لانه الخصم فيه ولا تشترط رضاء ولا حضور مولاه (ومابقى عليه) اى على العبد من الدين بعدما اقتسم الغرماء ثمنه (يطالب به بعد عتقه) ولا يطالب به للحال اذ لهم الخيار فى القليل العاجل بالبيع والكثير الآجل بالسعاية لا فى الجمع بينهما ولا فى الطلب من المولى لانقطاع تعلقه به (وما اخذه سيده منه) اى من كسبه (قبل) ظهور (الدين لا يسترد) لانه اخذه حين كان فارغا عن حاجة العبد فخالص له بمجرد القبض (وله) اى للمولى (اخذ غلة) اى اجرة (مثله مع وجود الدين) يعنى لو كان المولى يأخذ من العبد كل شهر عشرة دراهم مثلا قبل لحوق الدين يكون له اخذ غلة بعد وجود الدين مثل ما اخذه قبل الدين استحسانا* والقياس ان لا يأخذ لان الدين مقدم على حق المولى فى الكسب ووجه الاستحسان ان فى اخذه الغلة منفعة للغرماء فانه يترك على حاله لاجل ما يحصل له من المنفعة ولو لم يأخذ يحجر عليهم فينسد عليهم باب الاكتساب (والزائد عليها) اى على غلة مثله (للغرماء) لعدم الضرورة فيه وتقدم حقهم (وينحجر المأذون) غير المدبر (ان ابق) لان الاباق يمنع ابتداء الاذن عندنا على ماذكر شيخ الاسلام خواهر زاده» وكذا يمنع بقاءه فلا يلزم شئ من تصرفاته كالبيع وعند زفر والائمة الثلاثة بقى مأذونا لان الاباق لا ينافى ابتداء الاذن فلا ينافى دوامه وهل يعود الاذن ان عاد من الاباق فالصحيح انه لا يعود» وفى القهستانى «او اذن الآبق لم يصح الاذن لكن فى الهداية اشارة الى انه قد صح اذنه كاذن العبد المغصوب» فانه قد صح الا انه لا يبطل اذنه به «وفصل فى الذخيرة بانه ان اقر الغاصب او كان للمالك بينة حاضرة عادلة فقد صح الاذن والا فلا (او مات سيده او جن مطبقا او لحق بدار الحرب) حال كونه (مرتدا) علم العبد بذلك او لم يعلم اما

الموت فلانه يزيل الملك » واما الجنون فلانه يزيل الاهلية » واما اللحاق فلانه موت حكما (اوحجر عليه) اى يصير محجورا ان حجر المولى عليه بان قال « حجرتك عن التصرف » او بايصال خبر الحجر اليه بشرط ان يعلم المأذون حجر نفسه للاحتراز عن الضرر هو قضاء الدين بعد الحرية (و٣ علم به اكثر اهل سوقه) اى سوق العبد لان الاكثر قائم مقام الكل » هذا اذا كان الاذن شائعا » اما اذا لم يعلم الا العبد فيكفى علمه بحجره » وقال الشافعى حجره صحيح وان لم يعلم به احد من اهل سوقه » وبه قال مالك واحمد (و) تحجر (الامة) المأذونة (ان استولدها) سيدها عندنا استحسانا لانه يمنع من ان تخرج الى الناس لتتعامل معهم فيكون الاستيلاد احصانا دالا على الحجر عادة الا اذا اذنها صريحا وهو تفوق دلالة » وقال زفر « لا يصير محجورا عليها اعتبارا للبقاء بالابتداء فانه يصح ان يأذن لام ولده والبقاء اسهل » وبه قالت الائمة الثلاثة (لا) تحجر الامة المأذونة (ان دبرها) المولى » وهذا بالاجماع لانعدام دلالة الحجر (ويضمن) المولى (القيمة للغريم فيهما) اى فى الاستيلاد والتدبير لانه اتلف بهما محلا تعلق به حق الغرماء وهو الرقبة المحبوسة عنده لانه بفعله امتنع بيعهما او بالبيع يقضى حقهم وعند الائمة الثلاثة لا يضمن (واقراره) اى المأذون وهو رفع بالابتداء (بعد الحجر بدين اوبان مافى يده امانة) لغيره (اوغصب منه (صحيح) فيقضى مما فى يده لا من رقبته لانها ليست من كسبه بل من كسب مولاه هذا عند الامام (خلافا لهما) فانهما قالا لا يصح اقراره » وهو القياس لان المصحح وهو الاذن وقد زال » وبه قالت الائمة الثلاثة » وجه الاستحسان ان المصحح هو اليد وهى باقية حقية وبطلان اليد حكما بالحجر فراغ مافى يده من الاكتساب عن حاجته واقراره دليل على تحققها (وان استغرق دينه) اى دين المأذون (رقبته ومافى يده لا يملك سيده مافى يده) من اكتسابه عند الامام ثم فرع عليه بقوله (فلو اعتق عبدا مما فى يده لا يصح) عند الامام (وعندهما) وعند الائمة الثلاثة (يملك السيد مافى يده (فيصح عتقه) فى عبده ويغرم قيمته للغرماء لوجود سبب الملك فى كسبه وهو كونه مالكا لرقبته ولهذا يحل وطئ المأذونة » وله ان ملك المولى انما يثبت خلافه عن العبد عند فراغه من حاجته والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه والعتق وعدمه فرع ثبوت الملك وعدمه » وقال صاحب المنح « ولو اشترى ذارحم محرم من المولى لم يعتق ولو كان المولى يملك ما معه لعتق » ولو اتلف المولى مافى يده من الرقيق ضمن لانه اتلف مالا يملكه ولو كان المولى يملك مامعه لم يضمن » (وان لم يستغرق) دينه رقبته (صح) اعتاق عبده (اتفاقا) اما عندهما فظاهر » واما عنده فلانه لا يعرى عن دين قليل فلو جعل مانعا لا يبقى الانتفاع بكسبه فيفوت الغرض من الاذن (ويصح بيعه) اى بيع هذا المأذون (من سيده بمثل القيمة) او اكثر لانه لا تهمة فى البيع بمثل القيمة فيصح (لا) يصح بيعه (باقل) من القيمة ولو يسيرا » لان حق الغرماء تعلق بالمالية فليس له ان يبطل حقهم » اما لو كان دينه اقل بحيث لا يحيط فجاز بيعه باقل من قيمته لعدم تعلق حق الغرماء » وفى القهستانى » وهذا عنده « واما عندهما فيبيع من سيده مطلقا الا ان السيد مخير بين ازالة الغبن وبين نقض البيع ويبيع من اجنبى بالغبن اليسير لا الفاحش وقيل الصحيح ان

٣ ويثبت الاذن بخبر الواحد » واما الحجر فكذلك عندهما وعنده يشترط العدالة اوالعدد » منه

قوله كقولهما كما فى الكافى * (و) يصح (بيع سيده منه) اى من هذا المأذون (بمثلها) * اى بمثل القيمة وبالاقل منها الايصح لان المولى اجنبى عن كسب عبده اذا كان عليه دين * فالكلام فيه لانه لا يملك كسبه فيخرج المبيع من ملكه فيصح كما فى الاجنبى * وعندهما جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت فان المولى يستحق اخذ الثمن والعبد المبيع فثبت لكل واحد منهما مالم يكن ثابتا قبل ذلك فافاد * كما فى التبيين (لا) يصح (بالاكثر) لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء (فلو باع) المولى منه (باكثر) من قيمة المثل (يحط) المولى (الزائد) من القيمة (او ينقض البيع) * صيانة لحق الغرماء كما فى المبسوط بلا ذكر الخلاف * لكن فى المحيط وغيره انه عندهما واما عنده فالبيع فاسد وان اسقط المحاباة وكان الغبن يسيرا * كما فى القهستانى (فان سلم سيده اليه) اى الى العبد (المبيع قبل نقد الثمن سقط) عن ذمة هذا المأذون (الثمن) * اى ثمن مبيع باعه سيده منه لان المولى لما سلم المبيع فقد ابطل حقه من العين فلم يبق له حق الا فى الدين مع ان المولى لا يستوجب على عبده دينا فيبطل الثمن ايضا فيخرج مجانا * بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا حيث يكون المولى احق به من الغرماء لانه تعين بالعقد فلكه به عنده وعندهما تعلق حقه بعينه فكان احق به وبخلاف ما اذا باع العبد من سيده فسلم اليه المبيع قبل قبض الثمن حيث لا يسقط الثمن * كما فى التبيين * وعن ابى يوسف ان للمولى ان يسترد المبيع ان كان قائما فى يد العبد ويحبسه حتى يستوفى الثمن (وله) اى المولى (ان لا يسلمه) اى المبيع (حتى يأخذ ثمنه) لان البيع لا يزيل ملك اليد مالم يصل اليه الثمن فيبقى للمولى على ما كان عليه حتى يستوفى الثمن * ولذا يكون اخص من سائر الغرماء (ويضمن السيد) للغرماء (باعتاقه) العبد (المأذون) حال كونه (مديونا الاقل من قيمته) اى العبد (ومن الدين) اى ان كانت قيمة المأذون اقل من الدين ضمن سيده للغرماء القيمة لتعلق حقهم برقبته * وان كان الدين اقل من القيمة ضمن الدين لان حق الغرماء ليس الا فيه وقد وصلوا اليه وصار هذا كما لو اعتق الراهن المرهون (وما زاد من دينه على قيمته طولب به معتقا) اى للغرماء ان يطالبوه بعد عتقه لان الدين مستقر فى ذمته لوجود سببه والمولى لم يتلف الا قدر القيمة فبقى الباقى عليه كما كان فيرجع به عليه * وعند مالك والشافعى يؤخذ من كسبه والا طولب بعد عتقه قيل الغرماء بالخيار ان شاؤا اتبعوا المعتق بالدين وان شاؤا اتبعوا المولى بالاقل من قيمته ومن الدين (وان باعه) المولى (وهو) اى العبد المأذون (مديون مستغرق) برقبته (وغيبه مشتريه) اى جعله المشترى بعد قبضه غائبا (فللغرماء اجازة بيعه واخذ ثمنه) اى ان شاء الغرماء اجازوا البيع واخذ واثمن العبد وحينئذ لا يضمنون احدا القيمة لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق (او تضمين اى شاؤا من السيد او المشترى قيمته) اى قيمة العبد لانه متعد ببيعه وتسليمه الى المشترى * وانما قيد بقوله وغيبه لان الغرماء اذا قدروا على العبد كان لهم ان يبطلوا البيع الا ان يقضى المولى ديونهم (فان ضمنوا السيد) اى ان اختاروا تضمين قيمته اياه (ثم رد عليه) اى رد المشترى العبد على البائع بقضاء (بعيب) اى بسبب عيب بعدما ضمنه الغرماء قيمته (رجع) المولى (عليهم) اى على الغرماء (بالقيمة وعاد حقهم) اى الغرماء (فى العبد) لان سبب الضمان

قد زال وهو البيع والتسليم* هذا اذا رده عليه قبل القبض مطلقا او بعده بقضاء لانه فسخ من كل وجه* وكذا اذا رده عليه بخيار الرؤية او الشرط* وان رده بالعيب بعد القبض بغير قضاء فلا سبيل للغرماء على العبد ولا للمولى على القيمة لان الرد بالتراضي اقالة وهي بيع في حق غيرهما وان فضل شئ من دينهم رجعوا به على العبد بعد الحرية (وان باعه) المولى (و) الحال انه قد (اعلم) المشتري (بكونه مديونا فللغرماء رد البيع ان لم يصل ثمنه اليهم) لان حقهم تعلق به وهو حق الاستسعاء او الاستيفاء من رقبته وفي كل منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا لهم ان يردوه (وان وصل) ثمنه اليهم (ولا محاباة في البيع فلا) اي فليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم فينفذ البيع لزوال المانع* هذا اذا كان الدين حالا وكان البيع من غير طلب الغرماء والثمن لا يفي بدينهم* فاما اذا كان دينهم مؤجلا فالبيع جائز لانه باع ملكه وهو قادر على تسليمه ولم يتعلق به حق لغيره لان حق الغرماء متأخر* وكذا اذا كان البيع بطلبهم لان البيع وقع لاجلهم* وكذا اذا كان الثمن بقي بدينهم (فان غاب البائع) بعد بيع المولى المأذون وقبض المشتري (فالمشتري ليس خصما لهم ان انكر) المشتري (الدين) عند الطرفين (وعند ابي يوسف هو خصم ويقضى لهم بالدين) لانه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه* ولهما ان الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب* وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له* واما اذا كان البائع حاضرا والمشتري غائب فالحكم كذلك اجماعا (ومن قال) عند قدومه مصرا (انا عبد فلان فاشترى وباع) ساكتا عن اذنه وحجره او غير ساكت (فحكمه كالمأذون) بناء على ان امور المسلمين محمولة على الصلاح والجواز لا يكون الا بالاذن فوجب ان يحمل عليه مع ان العمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات دفعا للضرر عن الناس او لان تصرفه واقدامه عليه كالحر دليل الاذن (الا انه لا يباع في الدين) لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن لان المدبر المأذون اذا لحقه الدين لا تباع رقبته اذا الدين لم يظهر في حق المولى لان الغرور والضرر ليس من جانبه فيطالب الدين من العبد بعد عتقه (مالم يقر سيده باذنه) يعني اذا حضر المولى واقر باذنه او اثبت الغريم اذنه على وجه المولى فيباع العبد المأذون

﴿ فصل ﴾

في بيان حكم الصبي والمعتوه (تصرف الصبي ان نفع) بلا ضرر اصلا (كالاسلام وقبول الهبة والصدقة صح بلا اذن) اي بلا توقف على اذن الولي لكونه اهلا او على القصور (وان ضر) اي ان كان تصرفه ضارا (كالطلاق والاعتاق فلا) يصح (ولو) وصلية (باذن) لانعدام الشرط فيه وهو الاهلية الكاملة (وان احتملهما) اي النفع والضر (كالبيع والشراء صح بالاذن) اي باذن الولي (لا بدونه) اي الاذن* علق باذن وليه دفعا للضرر بانضمام رأي الولي في المتردد بينهما* وعند الشافعي لا يصح تصرفه باجازة الولي ولذا لا يصح اسلامه (فاذا اذن للصبي في التجارة ابوه او جده عند عدمه) اي الاب (او وصي احدهما) اي وصي الاب او الجد عند عدم وصي الاب* والمراد منه الترتيب لان وصي الاب مقدم على الجد وترتيبه ابوه

مادام حيا حاضرا او بعد موته وصيه المختار ثم وصى وصيه * كما فى القهستانى * ثم جده هو اب الاب ثم وصيه ثم وصى وصيه (او قاضى) اى ثم القاضى اى من يقوم مقامه دون الام ووصيها وصاحب الشرط (فحكمه) اى حكم هذا الصبى (حكم العبد المأذون) فى جميع ما ذكرنا من الاحكام من انه لا يتقيد بنوع من التجارة ويكون مأذونا بسكوت الولى حين راه يبيع ويشترى ويصح اقراره بما فى يده من كسبه ويجوز بيعه بالغبن الفاحش عنده خلافا لهما (بشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك والشراء جالبا له) اى للملك * زاد الزيلعى عليه * وان يقصد به الربح ويعرف الغبن اليسير من الفاحش (فلو اقر) الصبى المأذون بالتجارة من قبل الولى (بما فى يده من كسبه) من عين او دين لوليه او لغيره لانه من تمام التجارة ولو لم يصح لا يعامله الناس (او ارثه) اى بما ورث عن ابيه او غيره (صح) اقراره فى ظاهر الرواية لان الحجر ارتفع بالاذن فصار كالبالغ وعن الامام انه لا يصح فى الارث لان الحاجة فى صحة الاقرار بما معه للحاجة اليه فى التجارة ولا حاجة فى الموروث (والمعتوه) الذى يعقل البيع والشراء بالمعنى المذكور (بمنزلة الصبى) فيما مر من الاحكام * وفى التبيين تفصيل فليراجع (وصح اذن الوصى او القاضى لعبد اليتيم) لان لهما تصرفا فى مال اليتيم والاذن منه

﴿ كتاب الغصب ﴾

وكان المناسب ايراده تلو كتاب الحجر لما بينهما من المناسبة الظاهرة لكن عارضه ان ايراد المأذون بعد الحجر ادخل فى المناسبة لما تقرر من انه فك الحجر فاورده بعده * كما فى المنح * هو فى اللغة اخذ الشئ من الغير على وجه القهر مالا كان او غيره حتى يطلق على اخذ الحر ونحوه مما لا يتقوم يقال غصبه منه وغصبته عليه وقد يسمى المغصوب غصبا تسمية للمفعول بالمصدر * وفى الشرع (هو) اى الغصب (ازالة اليد المحقة) اى التى لها حق (باثبات اليد المبطلة) فى مال متقوم محترم قابل للنقل بغير اذن مالكه لا بخفية * وهذه القيود لا بد منها لان قولنا فى مال بمنزلة جنس لكونه شاملا مع انه احتراز عن ميتة وحر * وقولنا متقوم احتراز عن خمر مسلم * وقولنا محترم احتراز عن مال الحربى * وقولنا قابل للنقل احتراز عن العقار فان غصبه غير متصور * خلافا لمحمد فعنده الغصب تفويت يد المالك لا غير * وعند الائمة الثلاثة اثبات يد مبطلة لا غير وفائدة الخلاف فى زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا وعندهم مضمونة * وقولنا بغير اذن مالكه احتراز عن اخذه من يد المالك باذنه كالوديعة * وقولنا لا بخفية احتراز عن السرقة * ثم اشار الى الخلاف بقوله (فاستخدام العبد) اى عبد الغير بغير اذنه (وحمل الدابة) اى دابة الغير بغير اذنه (غصب) لوجود ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة فيهما (لا الجلوس على البساط) لان الجلوس عليه ليس بتصرف فيه اذ البسط فعل المالك وقد بقى اثر فعله فى الاستعمال فلم يكن آخذا وعند الائمة الثلاثة الجلوس ايضا غصب (وحكمه) اى الغصب (الاثم ان علم) انه مال الغير وان ذلك الفعل غصب واقدم عليه اما ان ظن انه ماله فالضمان ولا اثم اذ الخطأ مرفوع (ووجوب رد عينه) اى عين المغصوب (فى مكان غصبه) اى غصب الغاصب اياها لاختلاف القيم باختلاف الاماكن (ان كانت) العين (باقية) لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد اى يجب على اليد الغاصب رد ما اخذت حتى ترد فاذا ردت سقط وجوب

الرد (والضمان لو هلكت) اى العين سواء علم اولم يعلم وسواء هلك او اهلك لانه حق العبد فلا يتوقف على علمه وقصده (ففى المثلى) وهو ما يوجد له مثل فى الاسواق بلا تفاوت معتدبه كما فى اكثر الكتب* لكن يشكل بنحو التراب والصابون فانه قيمى (كالكيلى والوزنى والعددى المتقارب) اى ما لا يتفاوت آحاده فى القيمة (يجب مثله) لان هذا الواجب ضمان جبر والجبر انما يتحقق بايجاب المثل* لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم* ورد العين هو الموجب الاصلى لانه اعدل واكمل ورد القيمة او المثل مخلص يصار اليه عند تعذر رد القيمة* ولهذا يطالب برد العين قبل الهلاك* ولو اتى بالقيمة او المثل لا يعتدبه لكونه قاصرا* وكذا يبرأ الغاصب برد العين من غير علم المالك بان سلمه اليه بجهة اخرى كما اذا وهبه له او اطعمه اياه فاكله والمالك لا يدرى انه ملكه وفى الاطعام خلاف الشافعى* كما فى شرح الكنز للعينى (فان انقطع المثل) عن ايدى الناس (يجب قيمته يوم الخصومة) والقضاء عند الامام* لان المثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى فصار اصلا فى ضمان العدوان وقاصر وهو المثل معنى هو القيمة وضمان القاصر لا يكون مشروعا مع احتمال الاصل لكونه خلفا عنه ولا ينقطع الاحتمال بالانقطاع ولكن بالخصومة والقضاء ولذا لو صبر المالك الى مجئ اوانه كان له ان يطالب بالمثل الكامل* وبه قال مالك واكثر الشافعية* وهو الصحيح* كما فى القهستانى نقلا عن التحفة (وعند ابى يوسف يوم الغصب) لان سبب الوجوب هو الغصب فتعتبر قيمته يومه* وفى القهستانى هو* اعدل الاقوال* كما قال صدر الشريعة وهو المختار* على ما قال صاحب النهاية (وعند محمد يوم الانقطاع) لانه صار الآن كالذى لا مثل له* وبه قال احمد وبعض الشافعية * وبه افتى كثير من المشايخ * كما فى القهستانى* وفيه كلام لان يوم الانقطاع على قول محمد لا ضبط له (وفى القيمى كالعددى المتفاوت) كالثياب والحيوان (والمثلى المخلوط) بخلاف جنسه (نحو البر المخلوط بالشعير) والموزون الذى فى تبعيضه ضرر كالاوانى المصوغة بحيث تخرجه الصنعة عن المثلية بجعله نادرا بالنسبة الى اصله كالقمقم والقدر والابريق (يجب قيمته يوم الغصب اجماعا) لانه لا مثل له لان الصورة لما تعذر اعتبارها لتفاوتها اعتبر المعنى وهو القيمة دفعا للضرر بقدر الامكان* وقال مالك يضمن مثله صورة وفى المنح* كل مكيل وموزون مشرف على الهلاك مضمون بقيمته فى ذلك الوقت كسفينة موقورة اخذت فى الغرق والقى الملاح ما فيها من المكيل والموزون فى الماء يضمن قيمتها ساعتئذ* وفى الصيرفية* صب ماء فى طعام فافسده وزاد فى كيله فله ان يضمنه قيمة الحنطة قبل ان يصب الماء فيه وليس له ان يضمنه طعاما مثله هذا اذا لم ينقله الى مكان فان نقله يضمن المثل لانه حينئذ غصب وهو مثلى يجب عليه المثل بخلاف ما لو صب الماء فى موضع الذى فيه الحنطة بغير نقل (فان ادعى) الغاصب (الهلاك) اى هلاك المغصوب (حبس) ذلك الغاصب اذا لم يرض المالك بالقيمة فانه مقر بالغصب فاذا انكر اقام عليه بينة والصحيح انه تقبل البينة فى حق الحبس * كما فى القهستانى (حتى يعلم) ويظن بمضى مدة موكولة الى رأى القاضى (انه) اى المغصوب (لو كان باقيا لاظهره ثم يقضى) اى يقضى الحاكم (عليه) اى على الغاصب (بالبدل) اى بدل المغصوب

اى بالمثل فى المثلى و بالقيمة فى القيمى * فى التنوير «ولو ادعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد الرد وادعى المالك الهلاك عند الغاصب و اقاما البرهان فبرهان الغاصب اولى * هذا عند محمد * وعند ابى يوسف بينة المالك اولى» وفى المنح «الغاصب المودع او المتعدى اذا قال لا اعرف قيمة المغصوب بعد هلاكه والمالك يقول قيمته كذا درهما وهو لا يصدقه ولا يقر بشئ من القيمة ويقول لا اعرف قيمته فانه يحلف على دعوى المدعى فان لم يحلف يكون حكمه حكم النكول يحكم عليه بعد العرض ثلاثا * ولو قال المغصوب منه كانت قيمة ثوبه مائة فالقول قول الغاصب مع يمينه ويجبر على البيان لانه اقر بقيمة مجهولة فاذا لم يبين يحلف على مايدعى المغصوب منه من الزيادة فان حلف يحلف المغصوب منه ايضا ان قيمة ثوبه مائة ويأخذ من الغاصب فاذا اخذ ثم ظهر الثوب كان الغاصب بالخيار ان شاء رضى بالثوب وسلم القيمة للمغصوب منه وان شاء رد الثوب واخذ القيمة» (والغصب انما هو فيما ينقل) لانه ازالة يد المالك باثبات يده وذلك يتصور فى المنقول * ثم فرع عليه بقوله (فلو غصب عقارا) هو ماله اصل وقرار كالضيعة والدار (فهلك فى يده) بان غلب السيل على الارض او هدم البناء بآفة سماوية (لا يضمن) عند الشيخين لانتفاء الشرط هو النقل * بل يرد لما مر ان الغصب ازالة اليد بفعل فى العين وهو لا يتصور فى العقار لان يد المالك تزول عنه باخراجه وهو فعل فيه لا فى العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشى حتى تلف لا يضمن لان منع المالك بالتبعيد فعل فيه لا فى المواشى (خلافا لمحمد) فان عنده يجرى الغصب فى العقار لان ازالة اليد فيه يكون بما يمكن لا بالنقل» وبقوله قال ابو يوسف اولا وزفر وهو قول الائمة الثلاثة وبه يفتى فى الوقف » كما فى شرح الكنز للعينى وغيره * وفى المنح * الفتوى فى غصب العقار والدور الموقوفة بالضمان» وقال الاستروشنى وعماد الدين فى فصوله «والاصح انه اى العقار يضمن بالبيع والتسليم وبالجحود فى الوديعة اى اذا كان العقار وديعة عنده فجحده كان ضامنا بالاتفاق وبالرجوع عن الشهادة بان شهدا على رجل بالدار ثم رجعا بعد القضاء ضمنا »(ومانقص منه) اى من العقار (بفعله كسكناه) اى سكنى الغاصب فى الدار المغصوبة (وزرعه) فى الارض المغصوبة (ضمنه) اى النقصان بالاجماع كما فى النقلى لان ذلك اتلاف واهلاك والعقار يضمن به ولا يشترط للضمان الاتلاف فى يده «قيل فى تفسير النقصان انه ينظر بكم تستأجر هذه الارض قبل الاستعمال وبعده» «وقيل «بل ينظر بكم تباع قبل الاستعمال وبكم تباع بعده فيضمن تفاوت مابينهما من النقصان » «وقال العينى وغيره «وهو الاقيس (و يأخذ) الغاصب (رأس ماله) وهو البذر وماغرم من النقصان ومانفق على الزرع (و يتصدق بالفضل) عند الطرفين حتى اذا غصب ارضا فزرعها كرين فاخرجت ثمانية اكرار ولحقه من المؤنة قدر كر ونقصها قدر كر فانه يأخذ منه اربعة اكرار ويتصدق بالباقى (و عند ابى يوسف لا يتصدق به) اى بالباقى لان الزيادة حصلت فى ضمانه وملكه لان ماضمن من الفائت بملكه بالضمان «ولهما انه صار ملكا له ملكا خبيثا وحراما لخبث السبب وهو التصرف فى ملك الغير فيكون سبيله التصدق (وكذا لو اشتغل العبد المغصوب) اى او آجر العبد

المغصوب واخذ غلته (فنقصه الاستغلال او آجر) المستعير (المستعار ونقص يضمن النقصان) لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه فيجب عليه ضمان قيمة ماتعذر رده من اجزائه كلا او بعضا (وما فضل من الغلة والاجرة تصدق به) عند الطرفين (خلافا له) اى لابي يوسف لماذكرنا آنفا (وان تصرف في الغصب او الوديعة فربح وهما يتعينان بالتعيين) كالعروض ونحوها (تصدق بالربح) ولا يطيب له عند الطرفين (خلافا له) اى لابي يوسف (ايضا) اى كخلافه في المسئلة التى قبله (وان كانا) اى المغصوب او الوديعة (لا يتعينان) كالنقدين فقد قال الكرخي على اربعة اوجه ذكر المصنف بقوله (فان اشار) المتصرف (اليهما) اى الى دراهم الغصب او الوديعة (ونقدهما فكذلك) لا يطيب له الربح ويتصدق به عندهما خلافا له (وان اشار الى غيرهما ونقدهما) اى دراهم الغصب او الوديعة (او اشار اليهما ونقد غيرهما او اطلق) اطلاقا ولم يشر اليهما ولا الى غيرهما بل قال اشتريت بدرهم (و) لكن (نقدهما) اى دراهم الغصب او الوديعة (طاب له الربح اتفاقا «قيل وبه) اى بعدم الطيب في الاولى وبالطيب في الصور الثلاث الباقية (يفتى) قائله صاحب الوقاية موافقا لما في المحيط حيث قال «الفتوى على قول الكرخي لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس هذا الزمان» وهذا قول الصدر الشهيد «وفي الدرر «وبه كان يفتي الامام ابو الليث» (والمختار) عند مشايخنا (انه لا يطيب مطلقا) يعني في الصور كلها لاطلاق المبسوط والجامعين (ولو اشترى بالف الغصب او الوديعة جارية تعدل الفين فوهبها او طعاما فاكله لا يتصدق بشئ) وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس «كما في الهداية

فصل

(وان غير ما غصبه) بالتصرف فيه «احترازا عما اذا تغير بغير فعله بان صار العنب مثلا زبيبا بنفسه او الرطب تمرا فالمالك مخير ان شاء يأخذه وان شاء يتركه ويضمنه (فزال) بذلك التغيير (اسمه) اى اسم المغصوب احترازا عما اذا غصب شاة فذبحها فقط «فان ملك مالكها لم يزل بالذبح المجرد اذ لم يزل اسمها به حيث يقال شاة مذبوحة» لكن اورد على ذلك بقولهم شاة مشوية مع انها تخالف المذبوحة في الحكم (واعظم منافعه) «اى اكثر مقاصده» احترازا عن دراهم فسبكها بلا ضرب فانه وان زال اسمه لكن بقي اعظم منافعه ولذا لا ينقطع حق المالك عنه كما في المحيط وغيره «فلم يكن زوال الاسم مغنيا عن اسم المنافع «كما في القهستاني» فعلى هذا ان ما قال صاحب الدرر من انه لم يقل «اعظم منافعه لان من قاله قصد تناوله الحنطة اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة ونحوها تزول بالطحن ولا حاجة اليه لان قوله زال اسمه مغن عنه لانه يلزمه» ليس بسديد بل هو عدم اطلاع على ما قررنا نقلا عن المحيط وغيره «تدبر (ضمنه) اى الغاصب المغصوب (وملكه)» بتقرر الضمان على الغاصب كما هو المتبادر «واليه ذهب بعض المتقدمين» وقال بعض المتأخرين ان سبب الملك الغاصب عند اداء الضمان فلو ابى المالك عن اخذ القيمة واراد اخذ المغير لم يكن له ذلك كما في النهاية «ولكن حكى عن الامام» فتى الثقلين ان الصحيح عند المحققين من مشايخنا على قضية مذهب اصحابنا انه لا يملك الا عند تراضي الخصمين بالضمان او قضاء القاضي به او اداء

(البدل)

البدل» كما في القهستاني نقلا عن الذخيرة» وعند الشافعي في القول الاظهر لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف غير انه اذا اختار اخذ العين لا يضمن النقصان عنده في الاموال الربوية وعند الشافعي يضمنه (ولا يحل انتفاعه) اي انتفاع الغاصب (به) اي بالمغصوب المغير (قبل اداء الضمان) استحسانا» والقياس الحل وهو رواية عن الامام وقول الحسن وقول زفر لان ملكه ثبت بكسبه والملك مبيح للتصرف» ولهذا لو وهبه اوباعه صح» وجه الاستحسان ان في اباحة الانتفاع به قبل الاداء فتحا لباب الغصب فيحرم الانتفاع لكن جاز للغاصب بيعه وهبته لانه مملوك له بجهة محظورة كالمقبوض بالبيع الفاسد (كشاة ذبحها وطبخها او شواها او قطعها وبر طحنه اوزرعه ودقيق خبزه وعنب اوزيتون عصره) قيد للعنب والزيتون (وقطن غزله وغزل نسجه وحديد جعله سيفا وصفر جعله آنية وساجة) بالجيم وهو مفرد ساج وهو شجر عظيم صلب قوي ينبت ببلاد الهند وهي من اعزل الاشجار ويستعمل في بناء الدور وابوابها واساسها» واما اذا بنى عليها فلا ينقطع حق المالك لانه متعد في البناء عليها والساجة من وجه كالاصل لهذا البنا فيهدم للرد كما اذا بنى في الارض المغصوبة (او لبنة بنى عليها)» وهذه الاشيا تمثيلات للاعيان المغصوبة المتغيرة بفعل الغاصب تغيرا ظاهرا فيما عدا الساجة» واما تغيرها فيها فلانها كانت نقلية والآن صارت من العقار ولذا استحق بالشفعة فيكون هالكا من وجه ومتغيرا من وجه والتغير يوجب انقطاع حق المالك وهو يملكها بهذه التصرفات عندنا» خلافا للشافعي وهو يضمنه النقصان» وفي الذخيرة انما يزول الملك عن الساجة اذا كانت قيمتها اقل من قيمة البناء واما اذا كانت اكثر منها فلا تزول عن ملكه كما في شرح المجمع (وان جعل الفضة او الذهب دراهم اودنانير او) جعل الفضة او الذهب (آنية لا يملكه) اي المجعول (وهو لمالكه بلا شيء) في مقابلة الجعل عند الامام لان الجودة والصنعة في الاموال الربوية عند مقابلتها بجنسها لا قيمة لها ولهذا لو غصب حليا فكسره ثم رده الى مالكه لا يضمن (وعندهما يملكه الغاصب وعليه) اي على الغاصب (مثله) اي مثل الذهب والفضة لتبدل الاسم بالصنعة (فان ذبح) الغاصب (الشاة) بغير اذنه (فالمالك) يخير (ان شاء طرحها) اي الشاة (عليه) اي على الغاصب (وضمنه قيمتها) اي الشاة المذبوحة (او اخذها) اي الشاة (وضمنه نقصانها) اي الشاة بذبحها لوجود نقصان بعض منافعها كالدر والنسل دون بعض» اذ لحمها منتفع به» وروى الحسن عن الامام انه ليس له ان يضمنه النقصان اذا اخذ اللحم لان الذبح والسلخ زيادة فيها» والاول هو الظاهر (وكذا لو قطع يدها) اي الشاة لان قطع اليد او الرجل كالذبح في الحكم فله الخيار المذكور في الذبح (او قطع طرف دابة غير مأكوله) وظاهر كلام المصنف انه يخير فيه ايضا بين تضمين جميع قيمتها او تركها له وبين تضمين نقصانها لكن ما في اكثر الكتب المعتبرات بخلاف ظاهره» لانهم قالوا لو كانت الدابة غير مأكولة اللحم يضمن قاطع الطرف جميع قيمتها لانه استهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد حيث يضمنه نصف قيمته مع اخذه «اه» في الفرائد تفصيل وحاصله» ان العلماء اختلفوا في فرق

بعضهم بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم كما في الهداية ومختار الفتوى وشروح الكنز والدرر وغيرها * وبعضهم سوى بينهما والمصنف اختار التسوية بينهما فلهذا قال * او قطع طرف دابة غير مأكولة * معطوفا على ماقبله * اه * لكن التسوية على قول محمد فقط لما في الخانية * واو ذبح حمار غيره ليس ان يضمنه النقصان في قول الامام ولكن يضمنه جميع القيمة * وعلى قول محمد ان ذبح حمار غيره فللمالك ان يمسك الحمار ويضمنه النقصان وان شاء ضمنه كل القيمة فلا يمسك المذبوح * وان قتله قتلا فليس له ان يضمنه النقصان * وقال محمد ان كان له قيمة بعد قطع اليد والرجل فان شاء ضمنه جميع القيمة وان شاء امسك الدابة ويضمن النقصان * والاعتماد على قول الامام * اه * فعلى هذا ان ماقال صاحب الفرائد ليس بشئ بل الصواب ان يقال ان مراد المصنف من قطع طرف دابة غير مأكولة الدابة التي يمكن الانتفاع بما بقي قيمة لما في النهاية نقلا من النوادر * اذا قطع اذن الدابة او ذنبها يضمن النقصان * فلهذا قال * من قطع طرف دابة غير مأكولة * ولم يقل يدا بها او رجلها * وكذا يضمن النقصان لو قال صاحب الدابة انى اضمنه النقصان ولو سلم الجلد اليه ان كان لجلدها ثمن * تتبع (او خرق الثوب) اى بخير ايضا لو خرق ثوب الغير (خرقا فاحشا يفوت) الجملة صفة خرقا (بعض العين وبعض نفعه) * لا كله لانه لو فوت كل النفع ضمنه كل القيمة * هذا تفسير الخرق الفاحش على الصحيح * وفي التبيين * والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه نقصان في المنفعة * وفي النهاية * ان الفاحش هو المستأصل للثوب وهو ان يجعل الثوب لا يصلح الا للخرق ولا يرغب في شرائه * وعزاه الى الحلواني * قلت وفي المجتبى والصحيح ما حده محمد له وهو ان يفوت بعض العين وجنس من منافعه ويبقى بعض العين وبعض المنفعة * وقيل يرجع في ذلك الى الخياطين * وقيل ان كان طولا ففاحش وان كان عرضا فيسير * والكل في المنح (وفي) خرق (يسير نقصه) اى نقص الخرق الثوب والجملة صفة يسير (ولم يفوت شيأ من النفع يضمن) الخارق (نقصانه) يعني مع اخذ عينه وليس له غير ذلك لان العين قائمة من كل وجه وانما دخله عيب فنقص لذلك فكان له ان يضمنه النقصان (ومن بنى في ارض غيره او غرس) فيها شجرا (امر) الباني والغارس (بالقلع) في ظاهر الرواية (والرد) اى رد الارض الى المالك لقوله عليه السلام * ليس لعرق ظالم حق * اى لذي عرق ظالم * وصف العرق بصفة صاحبه وهو الظلم مجازا كما يقال صام نهاره وقام ليله * هذا اذا كانت الارض لا تنقص بالقلع (وان كانت تنقص بالقلع فللمالك ان يضمن له) اى للغاصب (قيمتهما) اى قيمة البناء والغرس (مأمورا بقلعهما) لان فيه دفع الضرر عنهما وانما يضمن قيمته مقلوعا لانه مستحق القلع * ثم بين طريق معرفة قيمتهما بقوله (فتقوم الارض بلا شجر او بناء) بمائة مثلا (وتقوم مع احدهما) بمائة وعشرة حال كونه (مستحق القلع) فحينئذ ينقص اجرة القلع هي درهم فيبقى مائة وتسعة دراهم (فيضمن) المالك (الفضل) هو التسعة * قال المشايخ * هذا اذا كانت قيمة البناء او الغرس اقل من قيمة الارض واما اذا كانت قيمة البناء او الغرس اكثر من قيمة الارض فلا يقال للغاصب اقلع

البناء او الغرس ورد الارض بل يضمن قيمة الارض فيملكها بالضمان * وبه يفتى ٤ بعض المتأخرين * لكن ظاهر الرواية ماذكر فى المتن وبه يفتى البعض فى زماننا سدا لباب الظلم * هذا اذا كانت الارض ملكا اما اذا كانت وقفا فيؤمر بالقلع والرد مطلقا * وفى التبيين * وعلى هذا لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة ينظر ايهما اكثر قيمة فلصاحبه ان يأخذ ويضمن قيمة الآخر * وعلى هذا التفصيل لو ادخل فصيل غيره فى داره وكبر فيها ولا يمكن اخراجه الا بهدم الجدار * وعلى هذا التفصيل لو ادخل البقر رأسه فى قدر من النحاس فتعذر اخراجه * (وان صبغ) الغاصب (الثوب) الذى غصبه (احمر او اصفر اولت السويق) الذى غصبه (بسمن فالمالك) بالخيار (ان شاء ضمنه) اى الغاصب (قيمة ثوبه) حال كونه (ابيض) اى اخذ قيمة ثوب ابيض لانه متلف من وجه (و) ضمنه (مثل سويقه) لكونه مثليا وترك ماغصبه الغاصب له (اواخذهما) اى ان شاء اخذ الثوب والسويق (وضمن مازاد الصبغ والسمن) فى الثوب والسويق * لان الصبغ مال متقوم كالثوب وبغصبه وصبغه لا يسقط حرمة ماله ويجب صيانتهما ما امكن * وذا فى ايصال معنى مال احدهما عليه وايفاء حق الآخر فى عين ماله وهو فيما قلنا من التخيير الا انا اثبتنا الخيار لرب الثوب لانه صاحب اصل والغاصب صاحب وصف * كما فى الدرر وعند الشافعى يؤمر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل بقدر الامكان ويسلمه وان انتقص قيمة الثوب بذلك فعليه ضمان النقصان (وان صبغه) اى الثوب (اسود ضمنه) اى المالك (قيمته ابيض اواخذه بلارد شئ لانه) اى الصبغ بالسواد (نقص) عند الامام (وعندهما الاسود كغيره وهو) اى الاختلاف بين الامام وبينهما (اختلاف زمان) فان بنى امية فى زمانه كانوا يمتنعون عن لبس السواد وفى زمانهما بنو العباس كانوا يلبسون السواد فاجاب كل على ماشاهده * وفى التنوير * رد غاصب الغاصب المغصوب على الغاصب الاول يبرأ عن ضمانه كما لو هلك المغصوب فى يد غاصب الغاصب فادى القيمة الى الغاصب اذا كان قبضه القيمة معروفا غصب شيأ ثم غصبه آخر منه فاراد المالك ان يأخذ بعض الضمان من الاول وبعضه من الثانى له ذلك * الاجازة لا تلحق الاتلاف فلو اتلف مال غيره تعديا فقال المالك اجزت اورضيت لم يبرأ من الضمان * كسر الغاصب الخشب فاحشا لا يملكه * ولو كسره الموهوب له لم ينقطع الرجوع

٤ والمراد من البعض المولى ابو السعود * منه

﴿ فصل ﴾

فى بيان مسائل تتصل بمسائل الغصب (وان غيب ماغصبه) اى ان جعل الغاصب المغصوب غائبا (وضمن قيمته) للمالك (ملكه) اى الغاصب المغصوب ان كان قابلا للنقل من ملك الى ملك * هذا عندنا لان المالك ملك البدل بكماله فيملك الغاصب المبدل والا يلزم اجتماع البدل والمبدل فى ملك شخص واحد فلا توجد العدالة بل يقع الضرر فيملك الغاصب المبدل كما ملك المالك البدل تحقيقا للعدالة بينهما ودفعا للضرر * حتى لو كان المغصوب قريب الغاصب يعتق عليه باداء الضمان عندنا * وقال الشافعى لا يملكه الغاصب لان الغصب محظور فلا يصلح سببا للملك (مستندا الى وقت الغصب) وكل شئ ثبت مستندا فهو ثابت من وجه دون وجه فيكون ناقصا فلا يظهر اثره فى حق الاولاد ويظهر فى حق الاكساب *

وعن هذا قال (وتسلم له الاكساب) للتبعية (دون الاولاد) لان تبعيتهم فوق تبعية الاكساب الا يرى ان ولد المدبر والمكاتب مدبر ومكاتب ولا يكون اكسابهما مدبرا او مكاتبا (والقول في القيمة) عند اختلافهما فيها (للغاصب مع يمينه) لانه منكر (ان لم يبرهن مالكه على الزيادة) التي ادعاها فان اقيمت حجتها وجبت تلك الزيادة ولم يعتبر قول الغاصب حينئذ لان المالك اثبته بالحجة الملزمة * وفيه اشعار بانه لو لم يقم واقام الغاصب حجة القلة لم تقبل وهو الصحيح بل يحلف على دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل * وقال بعض مشايخنا ينبغي ان تقبل لاسقاط اليمين عن نفسه كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو اقام بينة على ذلك قبلت * وكان القاضي ابو علي النسفي يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة وبين مسئلة الوديعة وهو الصحيح * كما في النهاية وغيرها * وفي المنح * الغاصب او المودع المتعدي اذا قال لا اعرف قيمة المغصوب بعد هلاكه والمالك يقول قيمته كذا درهما وهو لا يصدقه ولا يقر بشيء من القيمة ويقول لا اعرف قيمته فانه يحلف على دعوى المدعي فان لم يحلف يكون حكمه حكم النكول * وهل يشترط ذكر اوصاف المغصوب في دعوى الغصب ام لا الاصح عدم الاشتراط * قال محمد في الاصل اذا ادعى رجل على رجل انه غصب منه جارية له واقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها او يردها على صاحبها * وتمامه في العناية * فليراجع (فان ظهر) المغصوب الغائب (وقيمته اكثر) اي حال كون قيمته اكثر مما ضمن الغاصب به (و) الحال انه (قد ضمنه) الغاصب (بقول المالك او ببرهانه او بالنكول) اي بنكول الغاصب عن اليمين (فهو) اي المغصوب (للغاصب ولا خيار للمالك) لانه رضي به لادعائه هذا القدر * وينفذ بيع غاصب ضمن القيمة بعد بيعه (وان ضمنه) الغاصب (بقوله) اي بقول الغاصب مع يمينه (فالمالك) بالخيار (ان شاء امضى الضمان) اي اجاز ضمانه بان رضي بالبدل وترك المغصوب في يد الغاصب (او) ان شاء (اخذه) اي المغصوب الظاهر من الغاصب (ورد عوضه) الذي اخذه من الغاصب لانه لم يرض بزوال عينه بهذا المقدار لادعائه الزيادة فيصير اخذه لضرورته عن اقامة البينة * قال العيني وغيره * ولو ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمنه او اقل في هذه الصورة وهي ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه * قال الكرخي لا خيار له لانه توفر عليه مالية ملكه بكماله وفي ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهو الاصح * (ولو برهن كل من المالك والغاصب على الهلاك عند الآخر) اي لو اقام الغاصب البينة على انه رد المغصوب الى المالك فهلك عنده واقام المالك بينة على انه هلك عند الغاصب (فبينة الغاصب اولى) عند محمد لان الضمان ثابت بنفس الغاصب فلا حاجة الى اثباته لكن الغاصب يدعي زواله والمالك ينكره فبينة الغاصب تكون اولى * وفي المجمع * وهذا ظاهر المذهب * (خلافا لابي يوسف) فان عنده بينة المالك اولى لانها مثبتة للضمان ولم ينقل عن الامام شيء وفي الجواهر * ولو شهدوا ان الغاصب غصب هذا العبد ومات عنده وشهد شهود الغاصب انه مات في يد المالك لم تسمع بينة الغاصب وروي عن محمد في الاملاء ان البينة بينة الغاصب * ولو اقام المالك البينة ان الغاصب غصب يوم النحر بالكوفة واقام الغاصب البينة

انه كان يوم النحر بمكة هو او العبد فالضمان واجب على الغاصب ولو شهد احدهما انه غصب هذا العبد منه وشهد آخر على اقراره بالغصب لم تقبل (ومن غصب عبدا فباعه) اى الغاصب المغصوب (فضمنه) المالك قيمته (نفذ بيعه) اى بيع الغاصب (وان اعتق فضمنه) بعده (لا ينفذ عتقه) والفرق ان ملك الغاصب ناقص لانه يثبت مستندا كامل وهو يكفى لنفاذ البيع دون العتق الا ترى ان البيع ينفذ من المكاتب بل من المأذون دون عتقه (وزوائد المغصوب غير مضمونة مالم يتعد الغاصب (فيها) اى فى الزوائد (او يمنعها بعد طلب المالك اياها) اى الزوائد (سواء كانت متصلة كالحسن والسمن او منفصلة كالولد والثمر) لانها امانة وحكمها هذا* وقال الشافعى عليه الضمان مطلقا لوجود حد الغصب لما مر هو اثبات اليد المبطلة فحسب عنده* ولنا ان سبب الضمان اخراج العين من ان تكون منتفعا بها فى حق المالك ولم يوجد الا اذا وجد ما يفوت حقه كالتعدى والمنع بعد الطلب فحينئذ يتحقق حد الغصب لانه صار مزيلا على المالك يد التصرف والانتفاع ويستثنى منه منافع غصب الوقف فانها تضمن وعليه الفتوى كما فى القهستانى نقلا عن العمادى (وان نقصت الجارية بالولادة فى يد الغاصب) اى اذا ولدت الجارية المغصوبة التى حبلت عند الغاصب ولدا ونقصت بالولادة (ضمن) الغاصب (نقصانها) اى الجارية (و) لكن (يجبر) النصان (بقيمة الولد) قال زفر والشافعى لا يجبر النقصان بالولد لانه ملكه فكيف يجبر ملكه بملكه كما لو جز صوف شاة الغير ونبت آخر فلا يفيد اتحاد سبب الزيادة والنقصان فيلزم عليه الضمان* ولنا ان سبب النقصان والزيادة واحد وهو الولادة لانها اوجبت فوات جزء من مالية الام وحدوث مالية الولد فاذا صار مالا انعدم ظهور النقصان به فانتفى الضمان (او يجبر (بالغرة) لانها كالولد لكونها قائمة مقامه لوجوبها بدلا عنه (ان وفت) قيد لقيمة الولد والغرة معا اى يجبر النقصان بقيمة الولد ان كان فى قيمته وفاء ويسقط ضمانه عن الغاصب وان لم يكن وفاء به يسقط بحسابه* وكذا يجبر النقصان بالغرة ان فيها وفاء به ويسقط ضمانه عن الغاصب وان لم يكن وفاء يسقط بحسابه ايضا (ولو زنى) الغاصب (بامة غصبها) فحبلت (فردها) اى الامة (حاملا فولدت فماتت) عند المالك (بها) اى بسبب الولادة فى نفاسها (ضمن) الغاصب (قيمتها يوم علوقها) عند الامام لان ما انعقد فيها من العلوق هو سبب التلف فلا يوجد الرد بعد ذلك على الوجه الذى غصبها كما اذا جنت فى يد الغاصب وقتلت فى يد المالك (بخلاف الحرة) يعنى لو اخذها مكرهة فزنى بها فردها حاملا فولدت وماتت لا يضمن الغاصب ديتها لان الحرة لا تكون مضمونة بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد (وعندهما لا يضمن فى الامة ايضا) اى كالحرة بل يضمن نقصان الحبل وهو قول الائمة الثلاثة لان سبب التلف هو الولادة فى يد المالك بعد صحة الرد من الغاصب لان العيب لا يمنع صحة الرد ولكنها معيبة بالحبل فيجب عليه نقصان العيب (ولو ردها محمومة) اى* لو غصب امة فحمت ثم ردها محمومة (فماتت لا يضمن) الغاصب الا النقصان الحمى اتفاقا كما فى البزازية وغيرها* لان الموت يحصل بزوال القوى وانه يزول بترادف الآلام

ه الغرة نصف عشر دية الرجل* وهى خمس مائة درهم لو كان الجنين ذكراً وعشر دية المرأة لو كان انثى وهى ايضاً خمس مائة درهم كما سيأتى فى الديات* منه

فلم يكن الموت حاصلا بسبب وجد في يد الغاصب فيجب عليه قدر ما كان عنده دون الزيادة وفي الجواهر * اذا غصب صبيا حرا من اهله فرض ومات في يده فلا ضمان عليه * وكذا اذا اصابه شئ من آفة السماء واو عقره سبع او نهشته حية فالغاصب ضامن « وفي نسخة فعلى عاقلة الغاصب الدية (وكذا لو زنت) الامة المغصوبة (عنده) اى عند الغاصب (فردها) اى الامة (فجلدت) في يد المالك (فاتت منه) اى من الجلد لا يضمن الغاصب الانقصان الزنى لانه الحاصل عنده لا سبب الموت وهو الجلد (ولا يضمن) الغاصب (منافع ما غصبه سواء سكنه) اى فيما غصبه (او عطله) اى جعله معطلا * هذا عندنا « وعند الشافعي واحمد يضمن فيجب اجر المثل لانها مال متقوم مضمونة بالعقود كالاعيان « وعند مالك يضمن بالاجر في السكون لا في التعطيل « ولنا ان عمر وعليا رضى الله عنهما حكما بوجوب قيمة ولد المغرور وحريته ورد الجارية مع عقرها على المالك ولم يحكما بوجوب اجر منافع الجارية والاولاد مع علمهما ان المستحق يطالب جميع حقه وان المغرور كان يستخدمها مع الاولاد ولو كان ذلك واجبا له لما سكتا عن بيانه بوجوبه عليهما ولعدم المماثلة بين المنافع والدراهم لانعدام البقاء في المنافع فلا يكون تقومها لذاتها بل لضرورة ورود العقد ولا عقد هنا « واما اذا انتقص بالاستعمال فيضمن لاستهلاكه بعض اجزاء العين (الا في الوقف) وكذا في مال اليتيم والمعد للاستغلال « ذكر صدر القضاة » ويصير الدار معدة للاستئجار اذا بناها لذلك او اشتراها لذلك او تؤاجر ثلاث سنين على الولاء ويشترط علم المستعمل بكونها معدة حتى يجب الاجر « واستثنى صاحب المنح « فقال الا اذا سكنها بتأويل ملك او عقد يعني منافع المعد للاستغلال مضمونة في كل الاحوال الا فيما ذكر من السكنى بتأويل ملك وعقد كبيت سكنه احد الشريكين « اما في الوقف اذا سكنه احدهما بالغلبة بدون اذن الآخر سواء كان موقوفا للسكنى او للاستغلال فانه لا يجب الاجر « واما السكنى بتأويل العقد لما تقدم عن القنية من سكنى المرتهن بتأويل عقد الرهن « اه (ولا) يضمن ايضا (خمر المسلم او خنزيره بالاتلاف) سواء كان المتلف مسلما او ذميا لعدم تقومهما في حق المسلم والعبرة لجانب المتلف عليه دون المتلف (وضمن) المتلف (القيمة فيهما لو كانا) اى الخمر والخنزير (لذمي) لانهما مال في حقه وقد امرنا ان نتركهم وما يدينون * وعند الشافعي لا يضمن لعدم التقوم ايضا في حق الذمي لكونه تابعا في الاحكام لنا (وان اتلف ذمي خمر ذمي ضمن مثلها) لقدرته عليه « ولو اسلم الطالب بعد ما قضى له بمثلها فلا شئ على المطلوب لان الخمر في حقه ليست بمتقومة فكان باسلامه مبرئا له عما كان في ذمته من الخمر * وكذا لو اسلما او اسلم المطلوب وحده او اسلم المطلوب ثم الطالب بعده قال ابو يوسف لا يجب عليه شئ وهو رواية عن الامام « وقال محمد يجب عليه قيمة الخمر وهو رواية عن الامام ايضا وفي التنوير « بخلاف ما اشتراها اى الخمر من الذمي وشربها فلا ضمان عليه » (ولا ضمان باتلاف الميتة ولو) وصلية (لذمي) لان احدا لا يعتقد تمولها (ولا) ضمان (باتلاف متروك التسمية عمدا ولو) وصلية (لمن يبيحه) من المسلمين لان استحلال متروك التسمية مخالف

لنص ٢ الكتاب والخصم مؤمن به وثبت ولاية لحاجة فلا يجب على متلفه الضمان ولا على من اشتراه الثمن ولا ينعقد صحيحا (وان غصب خمر مسلم فخللها) اى صيرها خلا (بما له قيمة له) كالنقل من الشمس الى الظل او من الظل الى الشمس (اخذها المالك بلا شئ) لان التخليل بما ذكر تطهيرلها بمنزلة غسل الثوب النجس فلا يوجب المالية فيبقى على ملك المغصوب منه (فلو اتلفها) اى الخمر التى تصير خلا (الغاصب) قبل ان يردها الى المالك (ضمنها) لان المغصوب واجب الرد عليه فاذا فوته عليه وجب عليه قيمته خلفا عنه (لا) يضمن (لو تلفت) فلا صنعه * لانه لم يوجد منه التفويت (وان خلل) الغاصب الخمر (بالقاء ملح) ذى قيمة ونحوه (ملكها) اى الخمر التى تصير خلا (ولا شئ) للمالك (عليه) اى الغاصب عند الامام لان الخمر لم تكن متقومة والملح مثلا متقوم فترجح جانب الغاصب فيكون له بغير شئ (وعندهما يأخذها المالك ان شاء ويرد قدر وزن الملح من الخل) فكذا ذكروه كانهم اعتبروا الملح مائعا لانه يذوب فيكون اختلاط المائع بالمائع فيشتركان عندهما (فلو اتلفها الغاصب لا يضمن) عند الامام (خلافا لهما) لما سيأتى فى دبغ الجلد (وان خللها بالقاء خل ملكها ولا شئ للمالك عند الامام) ولو بمرور الزمان لانه استهلاك لخمر الغير المتقومة فى حق المسلم كما لو اراقها والخلط استهلاك عنده (وكذا) ملكها الغاصب ولا شئ للمالك (عند محمد ان تخللت من ساعتها) لانه استهلاك (والا) اى وان لم يتخلل من ساعتها بل بعد زمان (فالخل بينهما على قدر ملكيهما) وفى التبيين وعندهما ان صارت خلا من ساعتها فكما قال ابو حنيفة وان صارت بمرور الزمان كان الخل بينهما على قدر حقهما كيلا لانه لم يستهلك الخمر فيصير فى التقدير كانه خلط الخل بالخل والخلط ليس باستهلاك عند محمد وان كان مائعا لان الجنس لا يهلك بجنسه وقيل ظاهر الجواب فيها انه يقسم بينهما على قدر حقهما سواء صارت خلا من ساعتها او بعد حين اما عندهما فلا يشكل لان الخلط ليس باستهلاك وكذا عند ابى حنيفة لان الخلط انما يوجب زوال الملك اذا كان يوجب الضمان وهنا قد تعذر وجوب الضمان لان خمر المسلم لا يضمن بالاتلاف فصار كما اذا اختلط بنفسه من غير صنعه ولو استهلكه الغاصب فى هذه الرواية ينبغى ان يجب عليه الضمان اجماعا كما فى النهاية ٣ اه (وان غصب جلد ميتة فدبغه بما لا قيمة له) كالتراب والشمس (اخذه المالك بلا شئ) اذ ليس فيه مال متقوم للغاصب وكانت الدباغة اظهار المالية والقوم فصارت كغسل الثوب (فلو اتلفه الغاصب ضمن قيمته مدبوغا) اتفاقا (وقيل طاهرا غير مدبوغ) لان وصف الدباغة هو الذى حصله فلا يضمنه * وجه الاول وعليه الاكثرون ان صنعة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفته (وان دبغه) اى الغاصب الجلد المصبوغ (بما له ٣ قيمة) كالعفص والقرظ (يأخذه المالك ويرد مازاد الدبغ) لانه بهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم فيأخذ الجلد ويعطى مازاد الدباغ فيه * وطريق معرفته ماذكره بقوله (بان يقوم مدبوغا وذكيا غير مدبوغ ويرد) المالك الى الغاصب (فضل ما بينهما) كما فى الثوب المصبوغ (وللغاصب ان يحبسه) اى الجلد (حتى يستوفى حقه) لان فعل الغاصب متقوم لاستعماله

٢ وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه * منه

٣ وفى النهاية * لو جعل الغاصب بعد دباغه فروا فان كان جلد ذكى وجب عليه قيمته يوم الغصب اتفاقا وان كان جلد ميت فلا شئ عليه لانه تبدل اسمه ومعناه بفعل الغاصب * وفى التبيين * ينبغى ان يكون هذا على الخلاف ايضا لانه استهلاك * انتهى * منه

مالامتقوما فيه كحبس المبيع بالثمن والرهن بالدين والعبد الآبق بالجعل (وان اتلفه) اى الغاصب الجلد المدبوغ بماله قيمة (لايضمن) عند الامام لان تقوم الجلد المذكور قد حصل بمال الغاصب وصنعه فقام حقه فيه * ولذا كان له ان يحبسه حتى يستوفى مازاده الدباغ لما مر ان صنعته متقومة لانفاقه فيه مالامتقوما فصار الجلد تابعا لها فى حق التقوم لانه لم يكن متقوما قبل الدباغة ثم الاصل وهو الصنعة او المال غير مضمونة عليه بالاتلاف فكذا التابع غير مضمون من غير صنعة * وفى الباقانى على صدر الشريعة فى هذا المحل كلام * لكن دفعه ابن الشيخ فى شرح الوقاية * فليراجع (وعندهما يضمنه مدبوغا الاقدر مازاد الدبغ) لانه استهلك مالا متقوما الا انه فعليه الضمان (ولو تلف لايضمن اتفاقا) لعدم صنعه (ومن كسر المسلم بربطا اوطبلا اومزمارا اودفا اواراق له) اى لمسلم (سكرا) بفتحتين اسم للنى من ماء الرطب اذا غلا واشتد (اومنصفا) هو ماذهب نصفه بالطبخ وغلا واشتد (ضمن قيمته) صالحا (لغير لهو) ففى البربط يضمن الخشب الصالح للاستعمال * وكذا الباقى * وفى سكر ونحوه يضمن قيمته صالحا لكونه خلا وغيره (ويصح بيع هذه الاشياء) عند الامام لانها اموال لصلاحيتها لما يحل به الانتفاع وان صلحت بمالايحل فصار كالامة المغنية والحمامة الطيارة (وقالا * لايضمن ولا يجوز بيعها *) لان هذه الاشياء اعدت للمعصية فيبطل تقومها * وبقولهما قالت الائمة الثلاثة (وعليه الفتوى) لفساد الزمان فيما بين الناس * حتى ذكر الصدر الشهيد * ان البيت يهدم على من اعتاد الفسق وانواع الفساد وانه لابأس بالهجوم على بيت المفسدين وباراقة العصير قبل ان يشتد على من اعتاد الفسق * وقيل الاختلاف فى الدف والطبل الذى يضرب للهو * فاماطبل الغزاة اوطبل الحاج اوطبل الصيد اوالدف الذى يباح ضربه فى العرس اويلعب به الصبية فى البيت فيضمن بالاتلاف بالاتفاق * كافى شرح الكنز للعينى (ومن غصب مدبرة فماتت فى يده) اى الغاصب (ضمن) الغاصب (قيمتها) بالاتفاق لتقومها * وكذا الحكم لو غصب مدبرا * فلافائدة فى التخصيص سوى التوطئة والمناسبة لقوله (ولو) غصب (ام ولد) فماتت فى يده (فلاضمان) عليه عند الامام لعدم تقومها عنده (خلافا لهما) فان عندهما يضمن قيمتها لتقومها عندهما * وبقولهما قالت الائمة الثلاثة (ولو شق الزق لاراقة الخمر) التى فيه (لايضمنه عند ابى يوسف) لانه لايتيسر الاراقة الا بالشق فيكون مأذونا فيه (خلافا لمحمد) هو يقول ان الاراقة ممكنة بدون الشق فيضمن الزق لانه مال متقوم (ولاضمان على من حل قيد عبد غيره او) حل (رباط دابته) اى دابة غيره (او فتح اصطبلها) اى اصطبل دابة الغير (او) فتح (قفص طير) غيره (فذهب) العبد او الدابة او الطير عقيب ذلك الفعل * هذا عند الشيخين * لانه تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار وهو ذهاب العبد والدابة وطيران الطيور واختيارهم صحيح وتركهم منهم متصور والاختيار لاينعدم بانعدام العقل فيضاف التلف الى المباشر دون التسبيب * كافى الاختيار (خلافا لمحمد فى الدابة والطير) لانه فرق بين ذى العقل وغيره * ذكر هذا الخلاف صدر الشريعة والمفهوم من الشمنى وغيره

ان الخلاف فى الطير لانه قال * وعن محمد يضمن فى الطائر سواء طار من فوره او مكث ساعة ثم طار لان الطائر مجبول على النفار * قيدنا بالذهاب عقيب الفتح لانه لو مكث ساعة ثم ذهب لا يضمن عندنا وعند الشافعى خلافا لمحمد فى رواية * وفى الاختيار * ذهبت دابة رجل ليلا اونهارا بغير ارسال صاحبها فافسدت زرع رجل لاضمان عليه لانها ذهبت باختيارها وفعلها هدر * وان ارسلها ضمن * رجل وجد فى زرعه اوداره دابة فاخرجها فهلكت او اكلها الذئب لم يضمن لان له ولاية الاخراج * وان ساقها بعد الاخراج ضمن * (ولا) ضمان (على من سعى الى سلطان بمن يؤذيه ولا يندفع) عنه (الا بالسعى) والرفع اليه لان دفع الايذاء عن نفسه حقه فلا يلزم الضمان لما اخذه السلطان * امالو كان دفع الايذاء ممكنا بلا سعاية فسعى اليه فيلزم الضمان (او) لاضمان للساعى (بمن يفسق ولا يمتنع بنهيه) اى الساعى لوجوب دفع المنكرات بما امكن (ولا) ضمان (على من قال لسلطان قد يغرم وقد لا يغرم * ان فلانا وجد مالا *) هذه الجملة مقول قول (فغرمه شيأ) لا يضمن الساعى لانتفاء التسبيب فى هذه الصور بتوسط فعل فاعل مختار (وان كان عادته) اى عادة السلطان (ان يغرم البتة ضمن) الساعى لوجود التسبيب (وكذا) ضمن الساعى (لو سعى بغير حق عند محمد زجراً له وبه) اى بقول محمد (يفتى) لكثرة السعاة فى زماننا * وعند الشيخين لا يضمن الساعى للامر * وفى التنوير * ولومات الساعى للمسعى به ان يأخذ قدر الخسران من تركته * (ولو اطعم الغاصب المغصوب مالكه برئ وان) وصلية (لم يعلمه) اى وان لم يعلم الغاصب المالك انه طعامه لانه عين ماله وصل اليه فلا يضمنه ثانيا وكذا فيما اذا البس الثوب المغصوب مالكه خلافا للشافعى * وفى الغرر * امر شخص عبد غيره بالاباق او قال اقتل نفسك ففعل وجب على الآمر قيمته * ولو قال له اتلف مال مولاك فاتلف لا يضمن استعمل عبد الغير لنفسه وان لم يعلم انه عبد او قال ذلك العبد انى حر ضمن قيمته ان هلك * ولو استعمله لغيره لا يضمن *

كتاب الشفعة

تناسب الكتابين من حيث ان كلا منهما يفضى الى تملك مال الانسان بغير رضاه الا ان الغصب يصلح شيأ لتملك مال والشفعة لا تجرى الا فى العقار فلذلك قدم الغصب مع كونه عدوانا (هى) اى الشفعة لغة فعلة بالضم بمعنى مفعول من قولهم كان هذا الشئ وترا فشفعته بآخر اى جعلته زوجا له * فهى فى الاصل اسم للملك المشفوع بملك * ولم يسمع منها فعل * ومن لغة الفقهاء باع الشفيع الدار التى يشفع بها اى تؤخذ بالشفعة كما فى القهستانى * ومنه شفاعة النبى للمذنبين لانه يضمهم بها الى الفائزين * وفى الشرع (تملك العقار) وهو الضيعة * وقيل ماله اصل من دار وضيعة ومافى حكمه كالعلو دون المنقول كالشجر والبناء فانه من منقول لم تجب الشفعة فيه الا بتبعية العقار كالدار والكرم والرحى والبئر وغيرها (على مشتريه بما) اى بالذى اى بالثمن الذى (قام عليه) اى على المشترى (٤ جبرا) اى من حيث الجبر ومعناه اللغوى وهو موجود فيه مع زيادة اوصاف كالتملك وعلى وجه الجبر * وقيل هى ضم بقعة مشتراة الى عقار الشفيع بسبب الشركة او الجوار * وهذا احسن * كما فى شرح الكنز للعينى * وسببها اتصال

٤ والاحسن ترك قوله جبرا لانه مستدرك بكلمة على فانها تدل على الاستعلاء المنبئ من الجبر * منه

ملك الشفيع بالمشترى لانها تجب لدفع ضرر الدخيل عنه على الدوام بسبب سوء المعاشرة والمعاملة من حيث اعلاء الدار وايقاد النار ومنع ضوء النهار واثارة الغبار وايقاف الدواب لاسيما اذا كان يضاده كما قيل «ضيق السجون معاشرة الاضداد» وشرطها ان يكون المحل عقارا سفلا كان او علوا احتمل القسمة اولا وان يكون العقد عقد معاوضة مال بمال* وركنها اخذ الشفيع من احد المتعاقدين عند وجود سببها مع شرطها * وحكمها جواز الطلب عند تحقق السبب* وصفتها ان الاخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ حتى يثبت بها ما يثبت بالشراء نحو الرد بخيار الرؤية والعيب (وتجب) اى تثبت ولاية الشفعة (بعد البيع) الصحيح او فاسد انقطع فيه حق المالك (وتستقر ٥ بالاشهاد) والطلب فى الحال* حتى لو اخر ساعة قبل الاستقرار تبطل شفعته لان حقها ضعيف متزلزل فلا بد من الطلب والاشهاد فى الحال* فاذا اشهد استقر فبعد ذلك لا تبطل بالتأخير (وتملك بالاخذ بقضاء اورضاء) والصواب ان يقول «وتملك بالقضاء او الاخذ بالرضاء» كما فى الغرر* لان القاضى اذا حكم يثبت الملك للشفيع من غير اخذ *وحاصله انه يملك العقار المشفوع باحد الامرين اما بالاخذ اذا سلمها المشترى برضاه او بحكم الحاكم من غير اخذ كما فى اكثر المعتبرات * تأمل (وانما تجب) اى تثبت الشفعة (للخليط) وهو الشريك الذى لم يقاسم (فى نفس المبيع) وهذا بالاجماع (فان لم يكن) اى وان لم يوجد الخليط فى نفس المبيع (او) وجد ولكن (سلم) الشفعة (فللخليط فى حق المبيع كالشرب) بكسر الشين وهو الشريك الذى لم يخالط (والطريق الخاصين) ثم فسر ذلك بقوله (كنهر لا تجرى فيه السفن) اى اصغر السفن مثال للشرب الخاص (وطريق لا ينفذ) مثال للطريق الخاص* حتى اذا كانا عامين لم يستحق بهما الشفعة* فالنهر العام عنده والطرفين ما تجرى فيه السفن كدجلة وفرات* وذكر شيخ الاسلام «اختلفوا فيه فقيل الخاص ما يتفرق ماؤه بين الشركاء ولا يبقى اذا انتهى الى آخر الاراضى ولا يكون له منفذ والعام ما يتفرق ويبقى وله منفذ *وعامة المشايخ على انه ما كان شركاؤه لا يحصون * واختلفوا فيما لا يحصى من خمسمائة اومائة واربعين اوعشرة وعن ابى يوسف الخاص ان يكون نهرا يسقى منه ٦ قراحان او ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام* والاصح انه مفوض الى رأى كل مجتهد فى زمانه * وهو اشبه الاقاويل » (ثم) تثبت بعد الطريق (للجار الملاصق) اى لجار له عقار* واحترز به عما يكون وقفا او اجارة او وديعة لانها لا تثبت فيها لما فى التجريد «لا شفعة فى الوقف ولا بجوازه» (ولو بابه فى سكة اخرى ٧) والظاهر ان لو وصلية * لكن الاولى ان يقول لو كان بابه فى سكة اخرى بدون الواو لانه ان كان بابه فى تلك السكة كان خليطا فى حق المبيع فلا يكون جارا ملاصقا *فلهذا قال صاحب الهداية وغيره فى تفسير الجار الملاصق «هو الذى داره على ظهر الدار المشفوعة وبابه فى سكة اخرى» وقال الشافعى لا شفعة بالجوار بل بالشركة فى البقعة لقوله عليه السلام «الشفعة فيما لا يقسم» وبه قال مالك واحمد* ولنا قوله عليه السلام جار الدار احق بالدار من غيره فلا تثبت للجار المقابل اذا كانت السكة نافذة* اما اذا كانت

٥ «وفائدة هذين القيدين ان الشفيع اذا مات بعد الطلبين قبل الاخذ او الحكم يورث عند الدار المشفوعة * ولو باعها لا يجوز» كما فى شرح المجمع* منه

٦ والقراح قطعة من الارض * منه

٧ وفى الدرر «صورته منزل مشترك بين اثنين فى دار هى لقوم فى سكة غير نافذة اذا باع احد الشريكين نصيبه من المنزل فالشريك فى المنزل احق بالشفعة فان سلم فالشركاء فى الدار احق من الشركاء فى السكة لانهم اقرب للشركة بينهم فى صحن الدار فان سلموا فاهل السكة احق للشركة فى الطريق وجميع اهل الزقاق الذى طريقهم فيه شركاء فى الشفعة من كان فى ادناه واقصاه فى ذلك سواء فان سلموا فللجار الملاصق وهو الذى على ظهر هذا المنزل وباب داره فى سكة اخرى» انتهى *منه

غير نافذة فتثبت (ومن) مبتدأ (له جذوع على حائطها) اى حائط الدار (او) من له (شركة فى خشبة عليه) اى الحائط (جار) خبر المبتدأ لان الجار بهذا المقدار لا يكون خليطا فى حق المبيع ولا يخرج من كونه جارا ملاصقا (وان) كان شريكا (فى نفس الجدار فشريك) يقدم على الخليط * لكن فى التبيين وغيره * واذا كان بعض الجيران شريكا فى الجدار لا يقدم على غيره من الجيران لان الشركة فى البناء المجرد بدون الارض لا يستحق بها الشفعة * ولو كان البناء والمكان الذى عليه البناء مشتركا بينهما كان هو اولى من غيره من الجيران * اه * فيلزم التوفيق بينه وبين مافى المتن بان مراد المصنف البناء والمكان الذى عليه البناء لا البناء المجرد * تدبر (وهى) اى الشفعة (على عدد الرؤس) اى رؤس الشفعاء (لا السهام) اى سهام ملكهم لان علة الاستحقاق اتصال الملك لا قدره والترجيح لقوة العلة لا للكثرة ولذا قسم على النصيف ما باع شريك لصاحب نصف وثلث وسدس وجار له جاران احدهما من ثلاثة جوانب وثانيهما من جانب * خلافا للشافعى اذ عنده يقضى بقدر الاملاك لا بقدر الرؤس لان الشفعة من مرافق الملك فيكون على قدر الملك * وفى التنوير * اسقط بعضهم حقه من الشفعة بعد القضاء ليس لمن بقى اخذ نصيب التارك * ولو كان بعضهم غائبا يقضى بالشفعة بين الحاضرين فى الجميع * وكذا لو كان الشريك غائبا فطلب الحاضر يقضى له بالشفعة ثم اذا حضر وطلب قضى له بها * اسقط الشفيع الشفعة قبل الشراء لم يصح * اراد الشفيع اخذ البعض وترك الباقى لم يملك ذلك جبرا على المشترى * ولو جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض لم يصح وسقط حقه به * (فاذا علم الشفيع البيع) اى العقار المشفوع (يشهد) من الافعال (فى مجلس علمه) اى الشفيع على (انه يطلبها) * سواء علم بسمع البيع من البائع او المشترى او بسمع الكلام فى حق البيع او باخبار شخص بان فلانا باع داره بلفظ يفهم طلبها كطلبت الشفعة او انا طالب لها او اطلبها لان الاعتبار للمعنى والمعتبر الطلب دون الاشهاد وانما الاشهاد للاثبات حتى لو صدقه المشترى على الطلب لا يحتاج الى الشهود * ثم اعتبار المجلس اختيار الكرخى وبعض مشايخ بخارى للتأمل * وفى رواية الاصل يشترط على فور علمه بالبيع حتى لو سكت ساعة تبطل واليه ذهب مشايخ بلخ وعامة مشايخ بخارى وعليه الفتوى كما فى المنح * وقيل تبطل ان سكت ادنى سكوت حتى لو اخبر بكتاب والشفعة فى اوله او وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته اذا كان ذلك بعد العلم بالمشترى وبالثمن (ويسمى) اى الطلب فى المجلس (طلب مواثبة) اى مسارعة من الوثوب سمى به ليدل على غاية التعجيل (ثم يشهد عند العقار) لانه محل الشفعة (او) يشهد (على المشترى) * ولو غير ذى يد بان يقول له اطلب منك الشفعة فى دار اشتريتها من فلان حدودها كذا وانا شفيعها بالشركة فى الدار او الطريق او بالجوار بدار حدودها كذا فسلمها لى * فلا بد ان يبين حدود الدارين مع كل واحدة من مراتب الثبوت كما فى الخانية * لكن فى الكافى وغيره ان تبين هذه الامور ليس مما لا بد منه * وفيه اشارة الى ان له الاشهاد عند ابعد هؤلاء من الاقرب على ما قال

بعض المشايخ وذهب الآخرون الى انه انما يشهد عند الاقرب* كما فى القهستانى (او على البائع ان كان المبيع فى يده) * فلا يصح الاشهاد عند بائع ليس بذى يد على ماذكره القدورى* واختاره الصدر الشهيد وذكر شيخ الاسلام وغيره ان الاشهاد يصح عنده استحسانا * وانما ذكر كلمة ثم اشارة الى ان مدة هذا الطلب لم يكن على فور المجلس فى الاكثر بل مقدرة بمدة التمكن من الاشهاد * كما فى النهاية وغيره * حتى لو تمكن ولم يطلب بطلب شفعته (فيقول اشترى فلان هذه الدار وقد كنت طلبت الشفعة) قبل طلب المواثبة (وانا اطلبها الآن فاشهدوا على ذلك ويسمى) هذا الطلب (طلب تقرير واشهاد) ولا بد منه يحتاج اليه لاثباته عند القاضى ولا يمكنه الاشهاد على طلب المواثبة ظاهراً لانه على الفور فيحتاج بعد ذلك الى الاشهاد للتقرير (ثم يطلب عند قاض فيقول اشترى فلان دار كذا وانا شفيعها بسبب كذا) قيل هذا ظاهر فى الشفيع فى الجوار لا فى الشفيع فى نفس المبيع (فمره) ايها القاضى (بالتسليم الى) حتى بالرد او بترك الدخل بينه وبينى فالتسليم على هذا المعنى لا يقتضى القبض بل يوجد قبل القبض وبعده فلا يرد ماقيل من انه * هذا اذا قبض المشترى المبيع وطلب الخصومة لا التوقف عليه*اه (ويسمى)هذا الطلب (طلب خصومة وتمليك) فلا بد منه ايضا لانه لا يحكم له بدون طلبه (ولا تبطل الشفعة بتأخيره) اى بتأخير طلب الاخذ (مطلقا) بعدما استقرت شفعته بالاشهاد عند الشيخين (فى ظاهر المذهب وعليه) اى على قول الامام (الفتوى) لان الحق قد ثبت بالطلب فلا يبطل بالتأخير كسائر الحقوق ولو كان التأخير بعذر من مرض او سفر او حبس او عدم قاض يرى الشفعة بالجوار فى بلده لا يسقط بالاجماع وان طالت المدة وعن ابى يوسف ان اخره الى مجلس حكم بطل ان تركه عند امكان الاخذ* وفى رواية الى ثلاثة ايام (وقيل يفتى بقول محمد) زفر ورواية عن ابى يوسف (انه) اى الشفيع (ان اخره) اى طلب الخصومة (شهرا بلا عذر بطلت) الشفعة لانه قال الفتوى اليوم على انه اذا اخر شهرا سقطت الشفعة لتغير احوال الناس فى قصد الاضرار بالغير* وفى المحيط والخلاصة ومنية المفتى ومختارات النوازل* والفتوى على قول محمد * (واذا ادعى) الشفيع (الشراء وطلب الشفعة سأل القاضى المدعى عليه) وهو المشترى عن الدار التى يشفع بها الشفيع هل هى ملك للشفيع اولا (فان اقر) المشترى (بملك مايشفع به او) انكر فحلف و (نكل عن الحلف على العلم بملكيته) بان يحلف بالله ما اعلم انه مالك لما يشفع به (او) انكر و (برهن الشفيع) اى اقام بينة انها ملكه (سأله) اى القاضى المشترى (عن الشراء) فيقول له اشتريت ام لا (فان اقر) المشترى (به) اى بالشراء (او) انكر فحلف و (نكل عن اليمين انه ما ابتاع او ما يستحق) الشفيع (عليه هذه الشفعة او برهن الشفيع) يعنى ان ثبوت الشفعة ان كان متفقا عليه يحلف على الحاصل بالله ما استحق هذا الشفيع الشفعة على فان كان مختلفا فيه كشفعة الجوار يحلف على السبب بالله ما اشتريت هذه الدار لانه ربما يحلف على الحاصل بمذهب الشافعى كما فى شروح الكنز* وفى التنوير * من لم ير الشفعة بالجوار

كالشافعي طلبها عندها كم براه (قضى) اى القاضى (له) اى للشفيع (بها) اى بالشفعة لثبوته عنده * قال العينى « والواجب فى هذا ان يسأل القاضى اولا عن المدعى عن موضع الدار من مصر ومحلة وحدودها لانه ادعى حقا فلابد ان تكون معلومة فاذا بين ذلك سأل هل قبض المشترى الدار ام لا * لانه اذا لم يقبضها لا تصح دعواه على المشترى حتى يحضر البائع فاذا بين ذلك سأله عن طلب التقرير كيف كان وعند من اشهد فاذا بين ذلك كله تمت دعواه ثم اقبل على المدعى عليه فسأله كما فى المتن » (ولا يشترط احضار الثمن وقت الدعوى) فى ظاهر الرواية فتجوز له المنازعة وان لم يحضره الى مجلس القاضى لان لزوم الثمن على الشفيع بعد القضاء لا قبله وعن محمد وهو رواية الحسن عن الامام انه لا يقضى حتى يحضر الثمن لاحتمال ان يكون الشفيع مفلسا فتوى المال على المشترى (فاذا قضى له لزم احضاره) اى الثمن لتحقق سبب اللزوم (وللمشترى حبس الدار لقبضه) اى للمشترى حبس الدار لقبض ثمنه فلو لم ينقده حبس القاضى الشفيع بالاباء لان الشفيع والمشترى نزلا منزلة البائع والمشترى (ولا تبطل شفعته بتأخير الثمن بعد ما امر) القاضى (باداءه) اجماعا لتأكد الشفعة بالقضاء وللشفيع ان يخاصم البائع ان كان المبيع فى يده) لان له يدا محقة اصالة فكان خصما كالمالك (و) لكن (لا يسمع القاضى البينة) اى بينة الشفيع (عليه) اى البائع بغيبة المشترى (حتى يحضر المشترى) لانه المالك (فينفسخ البيع بحضرته) اى المشترى عند حضور البائع لان احدهما صاحب يد والآخر ملكا (ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل عليه) اى على البائع (العهدة) اى يجعل ما يترتب على البيع من الاحكام على البائع قبل تسليم المبيع الى المشترى والعهدة على المشترى لو كان ذلك بعده لان البائع يصير اجنبيا كما فى اكثر المعتبرات * فعلى هذا ان المصنف اطلق فى محل التقييد * وقال الشافعى العهدة على المشترى مطلقا (والوكيل بالشراء خصم للشفيع) لانه العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد * ولهذا لو كان البائع وكيلا كان للشفيع ان يخاصمه ويأخذها منه بحضرة المشترى (ما لم يسلم الى الموكل) فاذا سلمها الى الموكل لا يبقى له يد ولا ملك فلا يكون خصما بعده (وللشفيع خيار الرؤية والعيب وان) وصلية (شرط المشترى البرءة منه) اى من العيب بالاجماع لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء فيثبت فيها الخيار ولا يسقط برؤية المشترى وبشرط براءته لان الشفيع ليس بنائب عنه فلا يسقط حقه باسقاط المشترى

فصل

(وان اختلف الشفيع والمشترى فى الثمن فالقول للمشترى) مع اليمين لان الشفيع يدعى عليه حق الاخذ عند نقد الاقل والمشترى ينكره فالقول للمنكر ولا يتحالفان (وان برهنا) اى لو اقام كل منهما البينة على دعواه (فللشفيع) اى بينة الشفيع احق بالتقديم عند الطرفين لكونه مدعيا ولانه يمكن صدق البينتين بجريان العقد مرتين فيجعلان موجودين فالشفيع يأخذ بايهما شاء (وعند ابى يوسف للمشترى) اى بينة المشترى احق لانها تثبت الزيادة * وهو قول الشافعى واحمد (وان ادعى المشترى ثمنا و) ادعى (البائع) ثمنا (اقل منه) اى من ذلك الثمن (اخذه)

اى العقار (الشفيع بماقال البائع قبل قبض الثمن) سواء قبض المشترى العقار اولا لان هذا
القول من البائع حط بعض الثمن عن المشترى والحط عنه حط عن الشفيع (وبماقال المشترى
بعده) اى اخذ الشفيع بقول المشترى بعد قبض البائع الثمن لانه حينئذ كالاجنبى وبقى
الاختلاف بين المشترى والشفيع فالقول للمشترى ولوكان قبض الثمن غير ظاهر فقال البائع
بعت الدار بالف وقبضت الثمن اخذها الشفيع بالف لانه بين الثمن فى حال له ولاية البيان
فيه فقبل بيانه وان قال قبضت الثمن وهو الف اخذها بقول المشترى لانه لما اقر
باستيفاء الثمن اولا صار اجنبيا فلا يعتبر قوله فى مقدار الثمن * وعند الائمة الثلاثة يأخذها بقول
المشترى فيهما (وان عكسا) اى ادعى البائع ثمنا والمشترى اقل منه (فبعد القبض يعتبر قول
المشترى) اى لوكان بعد قبض البائع الثمن اخذها الشفيع بماقال المشترى (وقبله) اى
قبل القبض (يتحالفان) ويتراد ان البيع (واى) من البائع والمشترى (نكل) عن اليمين
(اعتبر قول صاحبه) فيأخذها الشفيع بذلك لان النكول بمنزلة الاقرار بمايدعيه الآخر
(وان حلفا فسخ البيع) اى فسخ القاضى العقد بينهما (ويأخذه) اى العقار (الشفيع بماقال
البائع) لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع كما لو رد عليه بعيب بقضاء قاض كما فى
اكثر المعتبرات (وان حط) البائع (عن المشترى بعض الثمن يأخذه) اى العقار (الشفيع
بالباقى) من الثمن سواء كان قبل قبضه او بعده لما مر ان الحط عن المشترى حط عن الشفيع اى
الحط يلحق باصل العقد * خلافا لزفر والائمة الثلاثة فان عندهم لا اثر للحط بل عليه الثمن
المسمى (وان حط) البائع عن المشترى (الكل) اى كل الثمن (يأخذه) الشفيع (بالكل)
اى بكل الثمن بالاجماع لانه يصير بيعا بلا ثمن وانه باطل * لكن فى شرح الهداية للدهلوى كلام
* فليطالع (وان حط) البائع عن المشترى (النصف) اى نصف الثمن (ثم) حط (النصف)
الآخر (يأخذ) الشفيع (بالنصف الاخير) لانه لما حط النصف التحق باصل العقد فوجب
عليه النصف فلما حط النصف الآخر كان حطا للجميع فلا يسقط عن الشفيع (وان زاد
المشترى فى الثمن) بعد عقد البيع (لا تلزم الشفيع الزيادة) اى اخذه بالثمن الاول بالاجماع لانه
حق الشفيع فتكليف الزيادة ابطال حقه (واذا كان الثمن مثليا لزم الشفيع مثله) اى يأخذ
الشفيع المبيع بمثل الثمن فى شراء العقار بمكيل او موزون لانهما من ذوات الامثال (وان) كان
الثمن (قيميا فقيمته) اى يأخذ المبيع بالقيمة فى شراء دار بثوب او فرس لانهما من ذوات
القيم ويأخذ كل واحد بقيمة الآخر فى شراء عقار بعقار لتحقق البدلية بينهما ولكونه من
ذوات القيم (وان كان) الثمن (مؤجلا) باجل معلوم لانه ان كان مجهولا فالبيع فاسد
(اخذ بثمن حال او يطلب) الشفيع شفعته (فى الحال) لان تركه بعد ثبوت حقه دليل الاعراض
وفى الهداية فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضى الاجل (و
يأخذ) الشفيع العقار (بعد مضى الاجل) لكون الثمن مؤجلا * وقال زفر ومالك واحمد
والشافعى فى القديم له ان يأخذها فى الحال بالثمن المؤجل لان الشراء وقع به * ولنا ان الاصل

فى الثمن ان يكون حالا وانما يؤجل بالشرط ولا شرط فى حق الشفيع (ولا يتعجل ماه على المشترى لو اخذ الشفيع بالحال) ه لان الاجل ثبت له بالشرط فلا يبطل باخذ الشفيع بثمن حال كما لا يبطل ببيعه المشترى بثمن حال وان اختار الانتظار كان له ذلك لان له ان لا يلزم الضرر الزائد ه كما فى التبيين (ولو سكت عن الطلب ليحل الاجل بطلت شفعته) عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) فان عنده لا تبطل بالتأخير الى حلول الاجل لان الطلب ليس بمقصود لذاته بل للاخذ وهو لا يتمكن منه فى الحال بثمن مؤجل فلا فائدة فى طلبه فى الحال * ولهما ان حقه قد ثبت ولهذا له ان يأخذ بثمن حال والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة (ولو اشترى ذمى بخمر او خنزير يأخذه الشفيع الذمى بمثل الخمر وقيمة الخنزير) لان هذا البيع مقضى بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمى والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ الاول بالمثل والثانى بالقيمة ولو اسلم الذمى صار حكمه حكم المسلم من الابتداء فيأخذها بالقيمة (و) يأخذه الشفيع (المسلم بالقيمة فيهما) اما الخنزير فمن ذوات القيم واما الخمر فلان المسلم عاجز عن تسليمها فالتحق بغير المثلى * ثم ان طريق معرفة قيمة الخمر والخنزير بالرجوع الى ذمى اسلم او فاسق تاب * وفيما فى الفرائد من انه « بقى صورة وهى انه لو اشترى ذمى بخنزير وكان شفيعها مسلما وذميا لم يبينوا حكمها » كلام لانه بين آنفا ان المسلم يأخذ بالقيمة وكذا يأخذ الذمى بالقيمة لان الخنزير من ذوات القيم فلا وجه على ما قاله تأمل (ولو بنى المشترى) على الارض المشفوعة (وغرس فيها فحكم بالشفعة) (اخذها الشفيع بالثمن وبقيمتهما) اى البناء والغرس (مقلوعين) والمراد بقيمتهما مقلوعين قيمتهما مستحق القلع (كما فى الغصب او كلف المشترى قلعهما) ى البناء والغرس ويأخذ الارض فارغة بكل الثمن بدونهما * وعن ابى يوسف لا يكلفه بالقلع بل يكون بالخيار بين ان يأخذها بالثمن وبقيمة البناء والغرس وبين ان يترك لان المشترى محق فى البناء وليس بمتعد اذ بنى وغرس لثبوت ملكه فيه بالشراء فلا يعامل باحكام العدوان فصار كالموهوب له والمشترى شراء فاسداً وكما اذا زرعها المشترى فان كل واحد منهم لا يكلف القلع لتصرفه فى ملكه * فكذا المشترى فى الارض المشفوعة * ولهذا لا يكلف قلع الزرع * وهذا لان ضرر الشفيع بالزام قيمة البناء والغرس اهون من ضرر المشترى بالقلع لان الشفيع يحصل له بمقابلة القيمة عوض البناء والغرس فلا يعد ضرراً ولم يحصل للمشترى بمقابلة القلع شئ فكان الاول اهون فكان اولى بالتحمل * وجه ظاهر الرواية انه بنى فى محل ظهر تعلق حق متأكد للغير هو الشفيع من غير تسليط فيأمر الشفيع بالنقض كالغاصب اذا بنى لان حق الشفيع اقوى من حق المشترى لتقدم حق الشفيع عليه * ولذا ينقض الشفيع بيع المشترى وهبته وجعله مسجدا او مقبرة وجعل تصرفه كالتصرف فى ملك الشفيع فى حق النقض وله ان ينقض المسجد وينبش الموتى » كما فى القهستانى (ولو استحقت) الارض (بعدما بنى الشفيع او غرس رجع) الشفيع (على المشترى بالثمن فقط) يعنى لا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذها منه ولا على المشترى ان اخذها منه * معناه لا يرجع بما نقص بالقلع وعن ابى يوسف انه

يرجع به لانه تملك عليه وكان كالمشترى وجه الظاهر وهو الفرق بينه وبين المشترى ان المشترى مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط للشفيع من جهة المشترى لان الشفيع اخذها منه جبرا (وان جف الشجر) بآفة سماوية (اوانهدم البناء عند المشترى) بعد شراء المشترى بغير صنع احد ولم يبق شئ من نقض او خشب فاما اذا بقى به شئ من ذلك فلابد من سقوط بعض الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الاخذ (يأخذها الشفيع بكل الثمن ان شاء) ولا يسقط من الثمن شئ لانهما تابعان للارض حتى يدخلان فى البيع من غير ذكر فلا نقابلهما شئ من الثمن بخلاف ما اذا تلف بعض الارض بعرق حيث يسقط من الثمن بحصته (وان هدم المشترى البناء اخذ الشفيع العرصة بحصتها) من الثمن ان شاء وان شاء ترك لان المشترى قصد الاتلاف فيلزم الخيار المذكور ونقض الاجنبى كنقض المشترى (وليس له) اى للشفيع (اخذ النقض) بل هو للمشترى لكونه مفصولا ومنقولا (وان شرى المشترى الارض مع شجر مثمر) بان شرطه فى البيع (او غير مثمر فاثمر فى يده) اى المشترى بعد الشراء (اخذها الشفيع مع اثمر فيهما) لانه بالاتصال خلقة صار تبعا من وجه وهو الاستحسان* والقياس ان لا يكون له اخذ الثمر لعدم التبعية كالمتاع الموضوع فيها (فان جذه) اى قطع الثمر واجتناه (المشترى فليس للشفيع اخذه) لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه (ويأخذ ماسواه) اى ماسوى الثمر (بالحصة فى الاول) وهو ما اذا اشتراها ثمرها فيسقط من الثمن حصة الثمر لانه دخل فى البيع مقصودا فيقابله شئ من الثمن (وبكل الثمن فى الثانى) اى فيما اثمر فى يد المشترى اى يأخذ الارض والنخل بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يدخل عند الاخذ فى المبيع الا تبعا فلا يقابله شئ من الثمن* وفى التنوير «قضى للشفعة للشفيع ليس له تركها* الطلب فى بيع فاسد وقت انقطاع حق البائع اتفاقا»

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب وما يبطلها

اى الشفعة ذكر تفصيلها بعد ذكر الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال (انما تجب) اى تثبت (الشفعة قصدا فى عقار) «انما قال قصدا لانها تثبت فى غير العقار بتبعية العقار كالثمر والشجر» كما فى الدرر* وقوله (ملك) على صيغة المجهول صفة عقار* واحترز بقوله (بعوض) عما اذا ملك بالهبة فالشفعة لا تجب فيها* وبقوله (هو مال) عما اذا ملك بعوض غير مال كالمهر ونحوه فان الشفعة لا تجب كما سيأتى (وان) وصلية (لم يمكن قسمته كرحى وحمام وبئر) وبيت صغير لا ينتفع اذا قسم عندنا لدفع ضرر الجوار* خلافا للشافعى اذ عنده لا شفعة فيما لا يقسم لان وجوب الشفعة لدفع مؤنة القسمة فلا يستحق الا فيما يقسم (فلا تجب) الشفعة (فى عرض وفلك) لانهما ليسا بعقار* قال النبى عليه السلام «لا شفعة الا فى ربع او حائط» خلافا لمالك فى السفينة (و) فى (بناء و) فى (شجر بيعا) صفة بناء وشجر (بدون الارض) لانهما منقولان وان بيعا مع الارض تجب فيهما الشفعة تبعا للارض (ولا) تجب (فى ارث وصدقة) لان تمليكهما ليس بمقابلة مال (وهبة بلا عوض مشروط) فى العقد حتى لو عوض دارا اخرى لا تجب الشفعة

ايضا فيها لان هذا التعويض تبرع لاعوض حقيقة عن الهبة * وفيه اشارة الى انه اذا شرط العوض تجب لانها بيع انتهاء كما مر في الهبة * واما اذا وهب له هبة ثم عوض عنها بغير شرط لا تجب عندنا خلافا للثالث (وما بيع) اى لا تثبت الشفعة في عقار بيع (بخيار البائع) لانه يمنع زوال الملك من البائع (و) بيع العقار (بيعا فاسدا) يعني اذا اشترى عقارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها * اما قبل القبض فلبقاء ملك البائع فيها واما بعده فلاحتمال الفسخ لان لكل واحد من المتبائعين سبيلا من فسخه (ما لم يسقط حق الفسخ) فان سقط حق الفسخ في البيع بخيار البائع بان اسقط الخيار او بنى المشتري فيها في البيع الفاسد تجب الشفعة لزوال المانع وان اشترى بشرط الخيار فللشفيع الشفعة بالاجماع (ولا) تثبت الشفعة في عقار (فيما قسم بين الشركاء) لان في القسمة معنى الافراز ولم تشرع الا في المبادلة المطلقة (او) لا تجب في عقار (جعل اجرة) بان استأجر حماما بدار يدفعها اليه عوض الاجرة (او بدل خلع) بان خالعها على دار دفعها اليها (او) بدل (عتق) بان اعتق عبده على دار فلان فقبل العبد (او) بدل (صلح عن دم عمد او) جعل (مهرا) لانها ليست باموال ولا مثل لها حتى يأخذه الشفيع به * هذا عندنا لان تقوم المنافع في الاجارة لضرورة الحاجة * وكذا تقوم الدم لضرورة الصيانة عن الهدر وما ثبت بالضرورة لا يتعدى عن موضعها فلا يكون متقومة في حق الشفعة * واما الاعتاق فهو ازالة مالية فكيف يقوم المال * وعند الائمة الثلاثة تجب فيها بناء على ان الاعواض متقومة (وان) وصلية (قوبل ببعضه) اى بعض ما جعل بدلا بهذه الاشياء (مال) عند الامام لان معنى البيع فيه تابع فلا شفعة في التبع كما لا شفعة في الاصل (وعندهما تجب) الشفعة (في حصة المال) حيث كان فيها مبادلة مال بمال (ولا) تثبت (فيما صولح عنه) اى عن العقار (بانكار او سكوت) * لانه اذا صالح عنها بانكار ابقى الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه * وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها بالاقرار لانه معترف بالملك للمدعي * كما في الهداية (وتجب فيما صولح عليه) اى العقار (باحدهما) وفي الهداية * اذا صالح على الدار باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لان المدعي اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه * اه * فعلى هذا ان تقييد المصنف بالانكار والسكوت مما لا ينبغي تدبر (ولا) تجب شفعته (فيما سلمت شفعته ثم رد بخيار رؤية او شرط او بخيار عيب بقضاء) لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة في البيع لا في الفسخ * قوله بقضاء قيد للرد بعيب سواء كان الرد بعد القبض او قبله (وما رد به) اى بعيب (بلا قضاء او بالاقالة تجب) الشفعة (فيه) لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالتراضي والشفيع ثالث * ومراده بالعيب بعد القبض لانه قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء * كما في الهداية * وفي التبيين كلام وفي التسهيل جواب * فليطالع ان شئت * وقال زفر لا تجب لان العقد قد انفسخ بالرد بالعيب والاقالة * وهو قول الشافعي واحمد (وتجب) الشفعة (في العلو

وحده و) تجب (فى السفل بسببه) اى بسبب العلو * هذا اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بماله من حق القرار التحق بالعقار اما اذا كان طريق العلو فى السفل حينئذ تثبت الشفعة بالطريق لا من حق القرار لان شركة الطريق اقوى من حق القرار (و) تجب الشفعة (فيما بيع بخيار المشترى) «لان الخيار لا يمنع زوال الملك من البائع بالاتفاق والشفعة تبتنى عليه» كما فى الهداية (وان بيعت دار بجنب المبيعة بالخيار فالشفعة لمن له الخيار بائعا او مشتريا) اما البائع فلان الملك فى الدار عند هذا البيع للبائع فاذا اخذها بالشفعة فهذا نقض منه للبيع * واما المشترى فلان المبيع دخل فى ملكه عندهما الا انه يصير بالاخذ مختارا للبيع فيصير اجازة فيلزم ويملك به المبيع * وكذا عنده لانه صار احق بالمبيع من غيره وذلك يكفى لاستحقاقه الشفعة كالمأذون او المكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما * ومن هذا قال (وتكون) الشفعة (اجازة) واسقاطا للخيار (من المشترى) فى حق مبيعه لوجود دليل الرضاء «بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته» كما فى الهداية (والشفيع) الدار (الاولى اخذها) اى اخذ الاولى (منه) يعنى اذا حضر شفيع الدار الاولى وهى التى اشتراها المشترى كان له ان يأخذها بالشفعة لانه هو اولى بها من المشترى لما عرف ان الشفيع اولى من المشترى (لا اخذ الثانية) وهى التى اخذها المشترى بطريق الشفعة لانعدام ملكه فى الاولى حين بيعت الثانية * هذا اذا لم تكن متصلة بملكه وان كانت متصلة كان له ان يشاركه فيها بالشفعة (وان بيعت دار بجنب) الدار (المبيعة) بيعا (فاسدا فشفيعها) اى الدار المبيعة (البائع ان بيعت قبل قبض المشترى) لبقاء ملكه فيها (فاذا قبض) المشترى (بعد الحكم له) اى للبائع (بها) اى بالشفعة (لا تبطل) الشفعة اى ان سلمها بعد الحكم له فيها لا تبطل لان ملكه فى المشفوعة قد تقرر بالحكم فلا يبطل باخراج الاولى عن ملكه وانما يستحق المشترى الدار المبيعة بجنبها بالشفعة اذا كان بيعها بعد قبضه لا قبله لان الشفعة انما تستحق بالملك ولا ملك له قبله (وان بيعت بعد قبض المشترى) المبيعة فاسدا (فالشفعة للمشترى) لثبوت الملك له بالقبض (وان استرد البائع منه) اى من المشترى (المبيعة) بحكم الفساد (قبل الحكم له) اى للمشترى (بالشفعة بطلت شفعته) لانقطاع ملكه عن التى يشفع بها قبل الحكم بالشفعة (وان) استردها منه (بعد الحكم) له (بقيت الثانية على ملكه) اى ملك المشترى لانه اخذها حين كان له حق الاخذ (والمسلم والذمى فى الشفعة سواء) للعمومات ولانهما يستويان فى السبب وفى الحكمة فيستويان فى الاستحقاق * ولهذا يستوى فيها الذكور والاناث والصغير والكبير * خلافا لابن ابى ليلى فى الذمى والصغير (وكذا الحر والعبد المأذون والمكاتب) اى سواء (ولو) وصلية (فى مبيع السيد كالعكس) اى للمأذون والمكاتب شفعة فى مبيع السيد كما للسيد شفعة فى مبيع المأذون والمكاتب لان ما فى يدهما ليس ملك مولاهما * قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية وغيره تجب الشفعة للعبد المأذون حال كونه مديونا دينا محيطا برقبته وكسبه فيما باعه سيده لكونه اجنبيا * وكذا تجب

الشفعة لسيد فيما باعه عبده المأذون الذى عليه دين محيط لان ما فى يد العبد المستغرق ملك له لا لمولاه وقيل احاطة الدين ماله ورقبته ليس بشرط بل قال الاحاطة هنا قيد لازم لظهور حق الشفعة بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له * اه * فعلى هذا ان المصنف قد اطلق فى محل التقييد فوجد صاحب الفرائد على ما قال صاحب الاصلاح ليس بما ينبغى تدبر

﴿ فصل ﴾

(وتبطل الشفعة بتسليم الكل او البعض) * اى كل المشتراة او بعضها الى البائع بعد البيع لان التسليم قبله لا يبطلها اما تسليم الكل فلانه صريح فى الاسقاط * واما البعض فلان حق الشفعة لا يتجزى ثبوتا لانه يملكه كما ملكه المشترى والمشترى لا يملك البعض لانه تفريق الصفقة فلا يتجزى اسقاطا فيكون ذكر بعضه كذكر كله * كما فى الاختيار (ولو) وصلية اى ولو كان التسليم (من الوكيل)والمراد من الوكيل الوكيل بطلب الشفعة * واما الوكيل بالشراء فتسليمه الشفعة صحيح بالاجماع * وكذا سكوته اعراض بالاجماع * ثم الوكيل بالشفعة انما يصح تسليمه اذا كان فى مجلس القاضى عند الامام * وعند ابى يوسف يصح مطلقا * وعند محمد وزفر لا يصح تسليمه اصلا * لو اقر هذا الوكيل على موكله بانه سلم الشفعة جاز اقراره عليه عندهما اذا كان فى مجلس القاضى وان كان فى غيره فلا يجوز الا انه يخرج من الخصومة * وقال ابو يوسف يجوز مطلقا * وقال زفر لا يجوز مطلقا * وهى مسئلة اقرار الوكيل وموضعها فى الوكالة (و) تبطل الشفعة (بترك طلب المواثبة او) طلب (التقرير) حين علم مع القدرة عليهما لانها تبطل بالاعراض وترك الطلبين او احدهما دليل الاعراض (و) تبطل الشفعة (بالصلح) اى صلح المشترى الشفيع (عن الشفعة على عوض) لانه اخذ الاعتياض عن حق ليس بمال فسقط حقه (وعليه) اى على الشفيع (رده) اى العوض لان حق الشفعة لم يكن متقررا فى المحل وهو مجرد التملك الغير المتقوم فيكون المأخوذ رشوة (وكذا) تبطل شفعته (لو باع شفعته بمال) لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فكان عبارة عن الاسقاط مجازا فتسقط الشفعة ولا يلزم المال * بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك فى المحل (وكذا او قال للمخيرة اختاريني بالف او قال العنين لامرأته ذلك) اى ترك الفسخ بالف (فاختارته) اى اختارت الزوج (بطل خيارها ولا يجب العوض) لانه لم يقابله حق متقرر فلا يكون تجارة عن تراض فلا يحل (وتبطل) الشفعة (ببيع ما يشفع به قبل الحكم له) اى للشفيع (بها) اى بالشفعة لزوال سبب الاستحقاق قبل القضاء واما بعد القضاء فيكون ميراثا للورثة * ولا فرق بين ان يكون عالما او وقت بيع العقار بشراء المشفوع او لا لانه لا يختلف فى الحالين وكذا ابراء الغريم لان ذلك اسقاط فلا يتوقف على العلم (و) تبطل ايضا (بموت الشفيع) قبل الاخذ بعد الطلب او قبله فلا يورث عنه * وقال الشافعى لا تبطل لانها حقه والوارث يخلفه فى حقوقه * ولنا ان حق الشفعة حق التمليك وهو قائم بالشفيع فلا يبقى بعد موته (لا) تبطل (بموت المشترى) لوجود المستحق (ولا شفعة لمن باع) صورته وكل صاحب الدار

شفيعها ببيعها فباعها لان البيع يدل على الاعراض وعند الائمة الثلاثة تجب له الشفعة (او بيع له) صورته ان المضارب باع دار المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له لان البيع له (او ضمن) الشفيع (الدرك) عن البائع فان الشفعة تبطل لانه بضمانه له الدرك ضمن له ان يحصل له الدار وذلك لايكون الا بتركه الشفعة وفي اخذه بها ابطال ذلك * وعند الائمة الثلاثة تجب (او ساوم المشترى بيعا او اجارة) او طلب الشفيع من المشترى ان يوليه عقد الشراء فان الشفعة تبطل بذلك لانه دليل الاعراض (وتجب) الشفعة (لمن ابتاع) قيل بيانه لو وكل المشترى شفيع الدار بشرائها فاشترى فله الشفعة (او ابتيع له) بيانه اشترى المضارب بمال المضاربة دارا ورب المال شفيعها بدار اخرى كان له الشفعة * ولا فرق بين ان يكون البيع او الشراء من الاصيل او وكيله في بطلان الشفعة في الاول ووجوبها في الثاني (ولو قيل للشفيع انها) اى الدار التى تثبت فيها الشفعة له (بيعت بالف) درهم (فسلم) الشفيع لاجل الاستكثار (ثم بان) اى ظهر (انها بيعت باقل) من الالف (او) ظهر انها بيعت (بكيلي اووزني اوعددي متقارب قيمته الف او اكثر فله) اى للشفيع (الشفعة) لان تسليمه كان لاستكثار الثمن او لتعذر الجنس ظاهرا فاذا بين له خلاف ذلك كان له الاخذ للتيسير وعدم الرضا على تقدير ان يكون الثمن غيره لان الرغبة في الاخذ تختلف باختلاف الثمن قدرا اوجنسا فاذا سلم على بعض وجوهه لايلزم منه التسليم في الوجوه كلها (ولو بان انها بيعت بعرض قيمته الف او بدنانير قيمتها الف) او اكثر (فلا) شفعة له * اما عدم الشفعة اذ ظهر انها بيعت بعرض قيمته مثل قيمة الذى بلغه او اكثر فلعدم الفائدة لان الواجب في غير المكيل والموزون القيمة فلا يظهر التفاوت * واما عدم الشفعة ان ظهر انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلان الجنس متحد في حق الثمنية * ولهذا يضم احدهما الى الآخر في الزكوة * وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس وهو قول الائمة الثلاثة * كما في الهداية وغيرها * لكن في التبيين * هذا قول ابي يوسف * وهو الاستحسان والقياس ان يثبت له حق الشفعة وهو قول الامام وزفر * وفي النهاية نقلا عن المبسوط * وقول محمد مع الامام لان الجنس مختلف حقيقة وحكما * ولهذا جاز التفاضل بينهما في البيع * والمصنف اختار ما اختار صاحب الهداية * فلهذا لم يذكر الاختلاف بين علمائنا الثلاثة تتبع * وانما قيد بالف او اكثر لان قيمته ان اقل فهو على شفعته (ولو قيل له) اى للشفيع (« المشترى فلان * فسلم) الشفعة (فبان انه) اى المشترى (غيره) اى غير فلان (فله الشفعة) لان رضائه بجواره لايجوار غيره لتفاوت الناس (ولو) قيل له المشترى فلان فسلم ثم (بان انه) اى المشترى (هو) اى فلان (مع غيره فله الشفعة في حصة الغير) لان التسليم لم يوجد في حقه (ولو بلغه) اى الشفيع (بيع النصف فسلم) الشفعة (فظهر بيع الكل فله الشفعة) في الكل لانه سلم النصف وكان حقه في اخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاطه اسقاط الكل * وعلل صاحب الهداية بان التسليم لضرر الشركة ولا شركة * لكن في التبيين * هذا التعليل يستقيم في الجار دون الشريك * والاول يستقيم فيهما * واما اذا اخبر بشراء الكل

(فسلم)

فسلم ثم ظهر بشراء النصف لاشفعة فى ظاهر الرواية لان التسليم فى الكل تسليم فى ابعاضه * وقيل له الشفعة ومال اليه شيخ الاسلام * كما فى المنح * ثم شرع فى بيان الحيلة فيها فقال (وان باعها) اى الدار (الاذراعا) اى مقدار ذراع (من طول) الجدار الذى يلى (جانب الشفيع فلا شفعة له) لان الاستحقاق بالجوار ولم يوجد الاتصال بالمبيع * وكذا لو وهب هذا القدر للمشترى لعدم الالتزاق (وان شرى منها) اى من الدار (سهما بثمن ثم شرى باقيها) اى باقى الدار (فالشفعة فى السهم فقط) لان الشفيع جار والمشترى شريك فى الباقى فيقدم عليه * ولو اراد الحيلة اشترى السهم الاول بجميع الثمن الادرهما والباقى بالدرهم فلا يرغب الجار فى اخذ السهم الاول لكثرة الثمن لاسيما اذا كان جزء قليلا كالعشر او اقل مثلا (وان ابتاعها) اى ان اشترى الدار (بثمن) كثير كالف (ثم دفع عنه) اى عن الثمن (ثوبا) يساوى مائة درهم مثلا (اخذها الشفيع بالثمن لا بقيمة الثوب) لان الثوب عوض عما فى ذمة المشترى فيكون البائع مشتريا بعقد آخر غير العقد الاول * وهذه الحيلة تعم الشريك والجار * لكن فيه ضرر البائع لانه اذا استحقت الدار المشفوعة يبقى كل الثمن * والوجه ان يباع بالدرهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوعة يبطل الصرف فيجب رد الدينار لاغير * كما فى الهداية * وله حيلة اخرى احسن واسهل ذكرها صاحب الدرر * هو قوله * لو اشترى بدراهم معلومة اما بالوزن او بالاشارة مع قبضة فلوس اشير اليها وجهل قدرها وضيع الفلوس بعد القبض فان الثمن معلوم حال العقد ومجهول حال الشفعة فجهالة الثمن تمنع الشفعة * (ولا تكره الحيلة فى اسقاطها) اى الشفعة (عند ابى يوسف) لانه تحتال لدفع الضرر عن نفسه وهو الاخذ بلا رضاه * والحيلة لدفع الضرر عن نفسه مباح وان تضرر الغير فى ضمنه * وهو رواية عن الامام (وبه) اى بقول ابى يوسف (يفتى قبل وجوبها) واما بعد وجوبها فمكروهة بالاجماع (وعند محمد تكره) لانها وجبت لدفع الضرر وهو واجب والحاق الضرر به حرام به قال الشافعى * قيل لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بالاجماع * وانما الخلاف فى فصل الزكوة والمختار عندى ان لا تكره فى الشفعة دون الزكوة * كما فى شرح الكنز للعينى * وفى التنوير * ولا حيلة لاسقاط الحيلة لما قال البزازى * وطلبناها كثيرا فلم نجدها * (وللشفيع اخذ حصة بعض المشترين لا حصة بعض البائعين) يعنى اشترى جماعة عقارا والبائع واحد تعدد الآخذ بالشفعة بتعددهم فللشفيع ان يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقى وان تعدد البائع بان باع جماعة عقارا مشتركا بينهم والمشترى واحد لا يتعدد الآخذ بالشفعة بتعددهم حتى لا يكون للشفيع ان يأخذ بعضهم دون بعض بل يأخذ الكل او يترك * والفرق ان فى الوجه الثانى يأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشترى فيتضرر به زيادة الضرر بالاخذ منه وبعيب الشركة * وفى الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة على احد ولا فرق فى هذه بين ان يكون قبل القبض وبعده وهو الصحيح * الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد حصته من الثمن حتى ينقد الجميع كيلا يؤدى الى تفريق اليد على البائع بمنزلة المشترين انفسهم لانه كواحد منهم بخلاف ما بعد

القبض لانه سقطت يد البائع سواء سمى الكل بعض ثمنا او سمى للكل جملة لان العبرة فى هذا لاتحاد الصفقة لا لاتحاد الثمن واختلافه والمعتبر فى التعدد والاتحاد للعاقد دون المالك * وتمامه فى التبيين فليطالع (والجار اخذ بعض مشاع بيع فقسم وان) وصلية (وقع فى غير جانبه) يعنى اشترى رجل نصف دار غير مقسوم فقاسم المشترى البائع اخذ الشفيع نصيب المشترى الذى حصل له بالقسمة وليس للشفيع نقضها مطلقا سواء كانت القسمة بحكم او بالتراضى اذ القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من دار مشتركة وقاسم المشترى الشريك الذى لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد لم يقع من الذى قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذى هو حكم البيع الاول بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما لو اشترى اثنان دارا وهما شفيعان ثم جاء شفيع ثالث بعدما اقتسما بالقضاء او بالتراضى فللشفيع ان ينقض القسمة * وفى الهداية ثم اطلاق الجواب فى الكتاب يدل على ان الشفيع يأخذ النصف الذى صار للمشترى فى اى جانب كان وهو المروى عن ابى يوسف لان المشترى لا يملك ابطال حقه بالقسمة وان الامام انه انما يأخذه اذا وقع فى جانب الدار التى يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يبقى فى الجانب الآخر (وللعبد المأذون المديون) الاخذ (بالشفعة فى مبيع سيده و بالعكس) هذا مستدرك لما سبق قبيل الفصل بل الاولى ان يذكرها فيما سبق مقيدة بهذا القيد وا كتفى تدبر (وصح ٨ تسليم الاب والوصى شفعة الصغير) عند الشيخين (خلافا لمحمد فيما بيع بقيمته او اقل) اى فان عنده لا يصح تسليمهما شفعة الصغير الصبى على شفعته اذا بلغ لانه حق ثابت له فلا يملكان ابطاله وبه قال زفر * ولهما ان هذه معنى المبادلة وهما يملكانها الا ترى ان من اوجب بيعا للصبى صح رده منهما * وعلى هذا الخلاف بطلان الشفعة بسكوت الاب والوصى عند العلم بالشراء (وقوله) اى قول محمد (رواية عن الامام فى الاقل الذى لا تغابن فيه) وفى الكافى * اذا سلم الاب شفعة الصغير والشراء باقل من قيمته بكثير فعن الامام ان التسليم يجوز لانه امتناع عن ادخاله فى ملكه لا ازالة عن ملكه ولم يكن تبرعا وعن محمد انه لا يجوز لانه بمنزلة التبرع بماله ولا رواية عن ابى يوسف * وفى التبيين كلام * فليطالع

٨ وفى الهداية * هذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا * وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبى * وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابى حنيفة انه لا يصح التسليم منها ولا رواية عن ابى يوسف منه

كتاب القسمة

عقب بالقسمة مع اشتمال كل على المبادلة ترقيا من الادنى الى الاعلى لجوازها ووجوب القسمة فى الجملة (هى) اى القسمة بالكسر لغة اسم من الانقسام كما فى المغرب * او التقسيم كما فى القاموس * لكن الانسب بما يأتى من لفظ القاسم ان يكون مصدر قسمه بالفتح اى جزأه * كما فى القهستانى * وفى الشريعة (جمع نصيب شائع فى معين) اى فى مكان معين * وسبب القسمة طلب الشركاء او بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص حتى اذا لم يوجد منهم الطلب لا تصح القسمة * وركنها هو الذى يحصل بذلك الفعل الافراز والتمييز بين الانصباء كالكيل والوزن والعدد والذرع وشرطها عدم فوت المنفعة بالقسمة فان فاتت بها لا تقسم جبرا كالبئر والرحى والحمام لان الغرض المطلوب منها توفير المنفعة فاذا ادت الى فواتها لم يجبر * وحكمها تعين نصيب كل من الشركاء على حدة وهى مشروعة فى الاعيان

(المشتركة)

المشتركة لان النبي عليه السلام اشترها في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير (و تشتمل) اى القسمة مطلقا سواء كانت في المثليات او القيميات (على) معنى (الافراز) وهو اخذ عين حقه (والمبادلة) وهي اخذ عوض عن حقه (والافراز) وهو التميز (اغلب) اى ارجح (في المثليات) كالمكيل والموزون والمعدود المتقارب لعدم التفاوت بين ابعاضها* ثم فرع بقوله (فيأخذ الشريك حظه) اى نصيبه (منها) اى من المثليات (حال غيبة صاحبه) في ذوات الامثال لكونه عين حقه (ولو اشترياه) الضمير المنصوب راجع الى المثلى الدال عليه لفظ المثليات (فاقتسماه فلكل) اى لكل واحد منهما (ان يبيع حصته مرابحة) وتولية (بحصة ثمنه) ولو كانت مبادلة لما جاز هذا* في الاختيار فلا يخلو من معنى المبادلة ايضا لان ما حصل له كان له بعضه وبعضه لشريكه الا انه جعل وصول مثل حقه اليه كوصول عين حقه لعدم التفاوت (والمبادلة) اى الاعطاء من الجانبين (اغلب في غيرها) اى في غير المثليات من العقار وسائر المنقولات للتفاوت بين ابعاضها (فلا يأخذه) اى الشريك نصيبه حال غيبة صاحبه ولا يمكن ان يجعل كأنه اخذ عين حقه لعدم المعادلة بينهما (ولا يبيع) حصته (مرابحة بعد الشراء والقسمة) ولو كانت افرازا جاز (ويجبر عليها) اى على القسمة (فيه) اى في غير المثلى (بطلب الشريك في متحد الجنس) فحسب لمعنى الافراز في الجملة عند طلب احد الشركاء من القاضى ان يخصه بالانتفاع بنصيبه (لا في غيره) اى لا يجبر على القسمة لتعذر المبادلة باعتبار فحش التفاوت لان ما يوفيه ليس عين حقه بل هو عوض حقه فيلزم من الرضاء ولو توافقوا عليها يجوز لان الحق لهم هذا اذا امكن الوصول الى حقه اما اذا لم يمكن الوصول الى حقه بدون المبادلة يجبر على المبادلة كما في قضاء الديون (وندب للقاضى نصب) رجل (قاسم) يكون (رزقه من بيت المال) لان منفعته للعامة كالقضاة والمفتين والمقاتلة فتكون كفايته من بيت المال لانه اعد لمصالحهم كنفقة هؤلاء (ليقسم بلا) اخذ (اجر) منهم لكونه ارفق للانام وابعد من التهمة (فان لم يفعل) اى ان لم ينصب قاسما رزقه من بيت المال لان النصب غير واجب حتى يجب النصب بل هو مندوب فيجوز ان ينصب وان لا ينصب فان لم ينصب (ينصب ٢ قاسما يقسم) بين الناس (باجر) على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص وليست بقضاء حقيقة حتى للقاضى ان يأخذ الاجر على القسمة وان كان لا يجوز على القضاء (يقدره) اى اجر المثل (له) اى للقاسم (القاضى) لئلا يطمع في اموالهم ويتحكم بالزيادة ثم ان الاجر هو اجر المثل وليس له قدر معين* وقيل يقدر الاجر بربع العشر كالزكاة لانها عمل العامة فاشبه الزكاة كما في شرح الوقاية لابن الشيخ (وهو) اى اجر المثل (على عدد الرؤس) اى رؤس المتقاسمين عند الامام لان تمييز الاقل من الاكثر كتمييز الاكثر من الاقل في المشقة (وعندهما على قدر السهام) لانه مؤنة الملك فيقدر بقدره وبه قال الشافعي واحمد و٣ اصبغ المالكى (واجرة الكيل والوزن على قدر السهام اجماعا ان لم يكن) اى ما ذكر من الكيل والوزن (للقسمة) لان الاجرة مقابل بعمل الكيل والوزن لا بالتمييز (وان) كان (لها) اى للقسمة (فعلى الخلاف) حيث تجب الاجرة على عدد الرؤس

٢ وفي منتخب المحيط وغيره يأخذ القاسم في كل اربعين درهما درهما باذن الشرع من قسمة التركة* اجازه صدر الشريعة وصاحب الوقاية منه

٣ الاصبغ اسم رجل من المالكى* منه

عنده وعندهما على قدر السهام (ويجب كونه) اى القاسم (عدلا امينا عالما بالقسمة) لانه من جنس عمل القضاة ويعتمد على قوله فتشترط العدالة والامانة والعلم بها وانما ذكر الامانة بعد العدالة وهى من لوازمها لجواز ان يكون غير ظاهر الامانة كما فى المنح وغيره وليس بتام لان ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لا يخفى تأمل كما قال يعقوب باشا (ولا يجبر الناس على قاسم واحد) اى لا يعين القاضى قاسما واحدا للقسمة لانه يتحكم فى الزيادة على اجر مثله (ولا يترك القسام) جمع قاسم (ليشتركوا) اى يمنعهم القاضى من الاشتراك كيلا تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر بسبب ذلك (وصح الاقتسام بانفسهم) بالتراضى (بلا امر القاضى) لولايتهم على انفسهم واموالهم (و يقسم على الصبى وليه او وصيه) كالبيع وسائر التصرفات (فان لم يكن) اى وان لم يوجد احدهما (فلا بد من امر القاضى) اى نصب القاضى له من يقسم قوله ويقسم الى هنا كلام صاحب الاختيار لكن فى عامة المعتبرات وصحت برضاء الشركاء الا عند صغر احدهم ولا نائب عنه وكذا الحكم عند جنون احدهم (ولا يقسم عقار بين الورثة باقرارهم) اى لو ادعى الشركاء ارث العقار من زيد عند القاضى لا يقسم بينهم باعترافهم (ما لم يبرهنوا على الموت وعدد الورثة) عند الامام لان الشركة مبقاة على ملك الميت والقسمة قضاء على الميت والاقرار حجة قاصرة لا يتعدى الى غير المقر فلا بد من البينة لتكون حجة على الميت مع ان العقار محصن بنفسه فلا حاجة الى القسمة بخلاف المنقول لانه غير محفوظ بنفسه (وعندهما يقسم) باعترافهم ويذكر فى كتاب القسمة ذلك يعنى انه قسمها بينهم ليقتصر الحكم بالقسمة عليهم ولا يتعدى الى شريك آخر لهم وبه قال الشافعى واحد فى قول (وغير العقار يقسم اجماعا) لان فى قسمته نظرا لاحتياجه الى الحفظ كامر (وكذا العقار المشترى) يقسم ٤ اتفاقا لان من فى يده شئ فالظاهر انه له * وفى رواية لا يقسم حتى يقيموا البينة على الملك لجواز ان يكون فى ايديهم والملك للغير والاول اصح (و المذكور مطلق ملكه) اى يقسم اتفاقا فيما اذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيفية انتقاله اليهم بقوله من غير اقامة البينة وذلك لانه ليس فى القسمة قضاء على الغير فانهم لم يقروا بالملك لغيرهم فيكون مقتصرا عليه فيجوز (وان برهنا) اى اقام رجلان بينة (ان العقار فى ايديهما) وطلبا القسمة (لا يقسم حتى يبرهنا) اى حتى يقيما البينة (انه) اى العقار ملك (لهما) لاحتمال ان يكون لغيرهما قال العينى وغيره فى شرح الكنز وهذه المسئلة بعينها هى المسئلة السابقة وهى قوله والمذكور مطلق ملكه لان المراد فيها ان يدعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم ولم يشترط فيها اقامة البينة على انه ملكهم وهو رواية القدورى وشرط هنا وهو رواية الجامع الصغير فان كان قصد الشيخ تعيين الروايتين فليس فيه ما يدل على ذلك والا فتقدم المسئلة مكررة يتحاشى منه فى مثل هذا المختصر اه (ولو برهنوا على الموت وعدد الورثة والعقار فى ايديهم ومعهم وارث غائب او صبى قسم) العقار بينهم بطلب الحاضرين هكذا وقع فى الوقاية والهداية وفى العناية قيل هذا سهو والصحيح فى ايديهما لانه لو كان فى ايديهم لكان البعض فى يد الطفل او

٤ قيل هذا قول الامام * والاصح كما فى كثير من المعتبرات انه قول الكل * لانهما اذا برهنا انه معهما كان القسمة قسمة الحفظ والعقار غير محتاج الى ذلك فلابد من اقامة البينة على الملك * منه

الغائب وسيأتى انه ان كان لايقسم واجيب عنه بانه اطلق الجمع واراد المثنى بقرينة قوله وارثان واقاما لكنه ملبس اهـ * هذه القرينة وقعت فى عبارة الهداية لا فى عبارة المصنف لانه قال وبرهنوا بصيغة الجمع فلا يمكن الجواب عنه تدبر (ونصب وكيل) للغائب (او وصى) للصبى (لقبض) الوكيل (حصة الغائب او) لقبض الوصى (حصة الصبى) لان فى هذا نظرا للغائب والوصى ولابد من اقامة البينة عند الامام وعندهما يقسم بقولهم كما مر (ولو كان العقار فى يد الغائب اوشئ منه) اى من العقار فى يد الغائب (او) كان (فى يد مودعه او) كان (فى يد الصغير) لايقسم) لان فى هذه القسمة قضاء على الغائب او الطفل باخراج شئ مما فى يده من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه سواء اقيمت البينة هنا اولا (وكذا) لا يقسم (لو حضر وارث واحد) وبرهن على الموت والعدد والباقى غائب على النظر اوصبى لان الواحد لايكون مخاصما ومخاصما فلابد من اثنين (او كانوا مشترين وغاب احدهم) اى لا يقسم لان الملك الثابت ملك جديد بسبب باشره فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب بخلاف الارث لان الملك الثابت فيه ملك خلافة فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما فى يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين وصح القضاء لقيام البينة على خصم حاضر وفى الشراء قامت على خصم غائب فلا يقبل ولا يقضى (واذا انتفع كل) واحد (من الشركاء بنصيبه بعد القسمة قسم بطلب احدهم) لان فى القسمة تكميل المنفعة وكانت حقا لازما فيما يحتملها (وان تضرر الكل) بالقسمة كالحمام وغيره (لايقسم الا برضاهم) لان القسمة لتكميل المنفعة وفى هذا تفويته فيعود على موضوعه بالنقض (وان انتفع البعض) لكثرة نصيبه (دون البعض) بل تضرر لقلة حظه (قسم بطلب ذى النفع) لانه طالب تكميل منفعة ملك (لا بطلب الآخر) و(هو الاصح) هذا قول الخصاف والامام السرخسى لانه لا فائدة له فهو متعنت فى طلب القسمة حيث يشغل بما لاينفعه وفى الدرر نقلا عن الذخيرة وعليه الفتوى وذكر الخصاف عكسه لان صاحب الكثير يطلب ضرر صاحبه وصاحب القليل يرضى بضرره وذكر الحاكم ان ايهما طلب القسمة قسم القاضى قال فى الخانية وهو اختيار الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده وعليه الفتوى * وفى المنح ينبغى ان يعول على ماجزم به عامة اصحاب المتون والشروح لانها هى الموضوعة لنقل المذهب فلا يعارضه مافى الفتاوى وانما يعول عليها اذا لم يعارضها كتب الاصول وهى الموضوعة لنقل المذهب واما مع معارضتها لها لايلتفت اليها كما فى انفع الوسائل (و) يقسم العروض من جنس واحد) اى يقسم القاضى عروضا اذا اتحد جنسها بطلب بعض الشركاء جبراً لوجود المعادلة بالمالية والمنفعة (ولا يقسم) القاضى (الجنسين) باعطاء (بعضهما فى بعض) لعدم الاختلاط بينهما فلا تكون القسمة تميزاً بل معاوضة ولابد فيها من التراضى وهذا بالاجماع (ولا) يقسم القاضى (الجواهر) مطلقا لان جهالتها متفاحشة لتفاوتها قيمة وقيل لايقسم الكبار ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل لايقسم الجواهر ان كانت مختلفة الجنس كاللآلى واليواقيت (ولا) يقسم (الحمام ولا البئر ولا الرحى ولا الثوب الواحد

ولا الحائط بين دارين الا برضاهم) استثناء من قوله ولا يقسم الجنسين الى هنالك اى الا برضاء الشركاء لما فيه من الحاق الضرر بهم (وكذا) لا يقسم (الرقيق) الا برضاهم عند الامام (خلافا لهما) فان عندهما يجوز لاتحاد الجنس فصار كالابل والخيل والغنم وبه قالت الائمة الثلاثة وله ان قسمة الرقيق لمعانيها الباطنة متعذر ولا وقوف عليها ولا يمكن التعديل فلا يقسم الا بتراض *بخلاف الحيوانات اذا كانت من جنس واحد وبخلاف المغنم لان حق الغانمين يتعلق بالمالية لا بالعين وهذا الخلاف فيما اذا كان الرقيق وحدهم وليس معهم شيء آخر من العروض وهم ذكور فقط او اناث فقط واما اذا كانوا مختلطين بين الذكور والاناث لا يقسم بالاجماع وان كان مع الرقيق شيء آخر مما يقسم جازت القسمة فى الرقيق تبعا لغيرهم بالاجماع (والدور) المشتركة بين الاثنين او اكثر كلها (فى مصر واحد لا يقسم كل) واحدة (على حدته) الا بتراضى الشركاء عند الامام وهو الصحيح وهذا قسمة فرد لا قسمة جمع لان الدور اجناس مختلفة بوجوه السكنى وان كانت جنسا واحدا نظرا الى اصل السكنى فيوجد فحش التفاوت باعتبار المقاصد باختلاف المحال والجيران والقرب الى المسجد والماء والسوق (وقالا ان كان الاصلح قسمة بعضها فى بعض جاز) ان يقسم على هذا الوجه لانها جنس واحد اسما وصورة ونظرا الى اصل السكنى واجناس نظرا الى اختلاف الاغراض وتفاوت منفعة السكنى فكان امرها مفوضا الى رأى القاضى ان شاء قسم وان شاء لم يقسم وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة او الكروم المشتركة (وفى مصرين يقسم كل على حدته اتفاقا) فيما رواه هلال وعن محمد او كانت احديهما بالرقة والاخرى بالبصرة قسمت احديهما فى الاخرى كما فى الاختيار (وكذا) لا يقسم احديهما فى الاخرى (دار وضيعة او دار وحانوت) فى مصر بل يقسم على الانفراد بالاتفاق لاختلاف الجنس قال صاحب الهداية جعل الدار والحانوت هنا جنسين وذكر فى اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بمنافع الحانوت لا تجوز لاحتمال الربوا وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل فى المسئلة روايتان او تبنى حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهى السكنى وفى الكافى ان هذا مشكل لانه يؤدى الى اعتبار شبهة الشبهة والمعتبر هو الشبهة لا النازل عنها وقال الامام الحلوانى اما ان يكون فى المسئلة روايتان او يكون من مشكلات هذا الكتاب وفى العناية وحاشيته لمولى سعدى جواب فليطالع (والبيوت فى محلة واحدة او فى محلات يجوز قسمة بعضها فى بعض) لان التفاوت فى البيوت يسير (والمنازل المتلاصقة) بعضها مع بعض (كالبيوت) اى تجوز قسمة بعضها فى بعض (و) المنازل (المتباينة) بعضها من بعض (كالدور) اى لا تجوز قسمة بعضها فى بعض بل يقسم كل منزل على حدة سواء كان فى دار او محال لانها تتفاوت فى السكنى لكن دون الدور وفوق البيت فاخذ شبها من كل واحد فان تلازقت فقسمة فرد والا فقسمة جمع وفى الاختيار واذا قسمت الدار تقسم العرصة بالذراع والبناء بالقسمة ويجوز ان يفضل بعضهم على بعض تحقيقا للمعادلة فى الصورة والمعنى او فى المعنى عند تعذر الصورة

فصل

فى كيفية القسمة (وينبغى للقاسم ان يصور) على قرطاس او نحوه (ما يقسمه) ليمكنه

حفظه واصابته (ويعدله) اى يسوى ما قسمه على سهام القسمة (ويذرعه) ان يذرع ما قسمه ليعرف قدره بان يصور الذرعان على ذلك القرطاس بقلم الجدول فيكون كل ذراع فى زراع بشكل لبنة (ويقوم بناؤه) اذ التقويم محتاج اليه بالاخرة (ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه) لان القسمة لتكميل المنفعة وبه يكمل ولارتفاع النزاع هذا ما هو الافضل ان امكن ولذا يجوز تركه (ويلقب الانصباء) جمع نصيب (بالاول والثانى والثالث) والرابع والخامس وهلم جرا (ويكتب اسماءهم) اى اسامى الشركاء ويجعلها بطاقات ويطوى كل بطاقة ويجعلها شبه البندقة ويدخلها فى طين ثم يخرجها ثم يدلكها ثم يجعلها فى وعاء او فى كمه ثم يخرج واحداً بعد واحد (ويقرع) لتطييب القلوب (فالاول لمن خرج اسمه اولا والثانى لمن خرج ثانيا والثالث لمن خرج ثالثا) الى ان ينتهى الى الاخير قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية ويكتب اسماءهم على القرعة او غيرها ويبدأ القسمة من اى طرف كان فان جعل الطرف الشرقى اول يجعل ما يليه ثانيا ثم ما يليه ثالثا فيخرج القرعة المكتوبة فيعطى السهم الاول لمن خرج اسمه فيها اولا والثانى لمن خرج اسمه ثانيا والثالث ثالثا بلا حاجة الى اخراج قرعة اذ بقى له سهم واحد بلا منازع هذا فى السهام المتساوية ظاهر واما ان كانت متفاوتة بان كان لاحدهم مثلا نصف وللثانى سدس وللثالث ثلث فيجعل السهام ستة فان خرج فى القرعة الاولى اسم من له الثلث اتفاقا فله السهمان احدهما هو الملقب بالاول فى طرف شرقى والآخر ما يليه تتميما لحقه ثم ان خرج فى الدفعة الثانية اسم من له النصف فله ثلاثة اسهم على الاتصال فيبقى سهم واحد لمن له السدس بلا حاجة الى اخراج قرعة والقرعة هنا لازالة تهمة الميل عن القسام او القاضى فى اعطاء كل سهام لا فى اصل الاقتسام فمعنى القمار يسقط عن الاعتبار (ولا يدخل الدراهم فى القسمة الا برضاهم) صورته دار بين جماعة فارادوا قسمتها وفى احد الجانبين فضل بناء فاراد احد الشركاء ان يكون عوض البناء دراهم واراد الآخر ان يكون عوضه من الارض فانه يجعل عوض البناء من الارض ولا يكلف الذى وقع البناء فى نصيبه ان يرد بازاء البناء من الدراهم الا اذا تعذر فحينئذ للقاضى ذلك لان القسمة من حقوق الملك المشترك والشركة بينهم فى الدار لا فى الدراهم فلا تجوز قسمة ما ليس بمشترك كما فى الدرر وعن ابى يوسف يقسم الكل باعتبار القيمة اذا كان ارض وبناء لتعذر التعديل الا بالقيمة وعن الامام انه يقسم الارض بالمساحة على الاصل فى الممسوحات فمن كان نصيبه اجود او وقع له البناء يرد على الآخر دراهم حتى يساويه فيدخل الدراهم فى القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له فى المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزوج وعن محمد انه يرد على شريكه من الارض فى مقابلة البناء فاذا بقى فضل ولا يمكن التسوية بان لا تفى الارض بقيمة البناء فحينئذ يرد فى مقابلة الفضل دراهم لان الضرورة فى هذا القدر وفى الاختيار وقول محمد احسن واوفق للاصول (فان وقع مسيل) ماء (او طريق) المرور (لاحدهم فى نصيب آخر و) الحال انه (لم يشترط) ذلك (فى القسمة صرف) المسيل او الطريق (عنه) اى عن الآخر (ان امكن) صرفه تحقيقا لمعنى القسمة وهو قطع الاشتراك (والا) اى وان لم يمكن

صرفه عنه (فسخت) القسمة بالاجماع لاختلافهما وتستأنف لان المقصود تمليك المنفعة ولا يكون ذلك الا بالطريق والمسيل (ويقسم) القاضي (سهمين من العلو بسهم من السفل) عند الامام (وعند ابي يوسف) يقسم (سهما بسهم وعند محمد يقسم بالقيمة) كما اذا كان علو مشتركا بين رجلين وسفله لرجل وسفل مشترك بينهما او علو لآخر وطلبا القسمة او احدهما قال الامام بحسب ذراع من السفل بذراعين من العلو لان السفل يبقى بعد فوات العلو والعلو لا يبقى بعد فناء السفل وقال ابو يوسف بحسب ذراع من السفل بذراع من العلو لان الاصل هو السكنى وقد استويا فيه وقال محمد يقوم كل على حدة ويقسم بالقيمة لان منفعة العلو والسفل متفاوتة بحسب الاوقات ففي الصيف يختار العلو وفي الشتاء السفل فلا يمكن التعديل الا بالقيمة قيل هذا اختلاف عصر وزمان اجاب كل واحد بما شاهده في زمانه وفي شرح الطحاوي الاختلاف في الساحة. واما البناء فيقسم بالقيمة اتفاقا (وعليه) اي على قول محمد (الفتوى) كما في اكثر المعتبرات (فان اقر) والاولى بالواو (احد المتقاسمين بالاستيفاء) اي باخذ تمام حصته من المقسوم (ثم ادعى ان بعض نصيبه) منه وقع (في يد صاحبه) غلطا بعد ما شهد على نفسه بالاستيفاء (٥ لا يصدق) قوله (الا بحجة) منه لان هذه الدعوى تخالف اقراره السابق بالاستيفاء فلا تسمع دعواه الا بالبينة حتى قالوا يحمل دعوى الغلط على فسخ القسمة ليكون وجها لاقامة البينة* وقال صدر الشريعة وجه رواية المتن انه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفاء حقه ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق اه *وهذا على رواية الهداية في ثبوت هذه الدعوى بالبينة حيث قال ان لم يقم عليه بينة استحلف الشركاء انتهى وقال ابن الشيخ في شرح الوقاية وهذا لا يمنع ثبوت هذه الدعوى بالنكول او بالاقرار ايضا اذ لا نزاع فيه بل يمنع قول من نازع وقيل المراد بالحجة اقرار الخصم او نكوله لا غير لكون الدعوى على التناقض وقال صاحب الاصلاح الا بحجة من بينة المدعي واقرار الخصم ونكوله على التعميم (وتقبل شهادة القاسمين) بفتح الميم عند اختلاف المتقاسمين (فيها) اي في القسمة عند الشيخين لانها شهادة على فعل غيرهما باستيفاء حقهما (خلافا لمحمد) فان عنده لا تقبل وهو قول ابي يوسف اولا وبه قالت الائمة الثلاثة لانها شهادة على فعل نفسهما فاورثت التهمة وهذا اذا قسما مجانا ولا يجران لهما نفعا قال الطحاوي اذا اقتسما باجر لا تقبل الشهادة اجماعا وقيل الخلاف في كل وهو الاصح فلذا اطلق في الكتاب كما في شرح الكنز للعيني (وان قال) احد المتقاسمين بعد ما اقر بالاستيفاء (قبضته) اي حقي (ثم اخذ) صاحبي (بعضه) مني بعد ما قبضته وانكر شريكه ذلك (حلف خصمه) لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر فالقول قول المنكر وفي التسهيل ولا فرق بين هذه المسئلة وبين المسئلة الاولى في ان الخصم يحلف فيهما اذا لم تكن له بينة الا انه في الاولى ينبغي ان تقبل دعواه كما مر بخلاف الثانية (وان قال قبل ان يقر بالاستيفاء اصابني) من ذلك (كذا) الى كذا (ولم يسلم) ما اصابني من حق (الي وكذبه الآخر تحالفا وفسخت) القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار

٥ قالوا لانه يدعي فسخ القسمة فلا يصدق الا بالبينة قال في الهداية ينبغي ان لا تقبل دعواه للتناقض وفي المبسوط والخانية ما يؤيد هذا *ووجه رواية المتن بين في الكتاب *منه

نظير الاختلاف فى مقدار المبيع وفى الفرائد نقلا من التسهيل هذه هى المسئلة بعينها واجاب هنا انه تقبل دعواه لكن ينبغى ان لاتقبل للتناقض فظهر ان فى المسئلتين روايتين (ولو ادعى) احد المتقاسمين (غبنا) فى القسمة (لايعتبر كالبيع) اى كالاعتبار بدعوى الغبن فى البيع لوجود التراضى (الا اذا كانت القسمة بقضاء) القاضى (والغبن فاحش فتفسخ) القسمة حينئذ وقال صاحب المنح ولو ظهر غبن فاحش فى القسمة فان كانت بقضاء القاضى بطلت عند الكل لان تصرف القاضى مقيد بالعدل ولم يوجد ولو وقعت القسمة بالتراضى تبطل ايضا فى الاصح وقيل لايلتفت الى قول من يدعيه لانه دعوى الغبن ولامعتبر به فى البيع فكذا فى القسمة لوجود التراضى وقيل تفسخ هو الصحيح ذكره الكافى وتمامه فيه فليطالع (ولو استحق بعض معين من نصيب البعض لاتفسخ) القسمة اتفاقا على الصحيح (ويرجع) البعض (بقسطه فى حظ شريكه) كما اذا كانت الدار بينهما نصفين فقسمت فاستحق من يد احدهما بيت هو خمسة اذرع رجع بنصف ما استحق فى نصيب صاحبه (وكذا) لاتفسخ (فى الشائع عند الامام وعند ابى يوسف تفسخ) القسمة لعدم تحقق الافراز باستحقاق النصيب الشائع وبه قال الشافعى واحمد وهو قول محمد فى رواية ابى سليمان وروى ابو حفص انه مع الامام وهو الاصح كما فى الكافى وغيره (وفى بعض مشاع فى الكل تفسخ اجماعا) لانه لو ثبت القسمة لتضرر المستحق بتفرق نصيبه (ولو ظهر بعد القسمة دين على الميت محيط) بماله (نقضت) القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث (وكذا) تنقض القسمة (لو) ظهر دين لكنه (غير محيط) بماله لتعلق حق الغرماء بالتركة (الا اذا بقى بلا قسمة ما يفى به) اى بالدين فحينئذ لاتفسخ لعدم الحاجة الى نقض القسمة فى ايفاء حقهم (ولو ابرأ الغرماء) بعد القسمة ذمم الورثة من ديونهم (او اداه) اى الدين (الورثة من مالهم لاتنقض) القسمة (مطلقا) اى سواء كان الدين محيطا او غير محيط لزوال المانع وفى الهداية ولو ادعى احد المتقاسمين دينا فى التركة صح دعواه لانه لاتناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا باى سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركا

فصل

فى المهايأة (وتجوز المهايأة) عند تعذر الاجتماع على الانتفاع وهى لغة مفاعلة من التهيئة وهى الحالة الظاهرة للمتهيئ للشئ والتهايؤ تفاعل منها وهو ان يتواضعوا على امر فيتراضوا به وحقيقته ان كلا منهم رضى بهيئة واحدة ويختارها وقيل مفاعلة من التهيأ فكأنه تهيأ لانتفاع به عند فراغ صاحبه والفرق بين القسمة والتهايؤ ان الاول يجمع المنافع فى زمان واحد والثانى يجمع على التعاقب ويجرى فيه جبر القاضى كما فى القسمة فيما يحتملها وشرعا قسمة المنافع والقياس ان لاتجوز لانها مبادلة المنفعة بجنسها لكنها جازت استحسانا بالاجماع (ويجبر عليها) اى على المهايأة اذا طلبها بعض الشركاء (فى دار واحدة) متعلق بقوله وتجوز وتجبر على سبيل التنازع بان (يسكن هذا) الشريك (بعضا) اى بعض الدار (وهذا) الشريك (بعضا) آخر من الدار (او هذا) يسكن فى (علوها وهذا) فى (سفلها)

لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة والتهايؤ فى هذا الوجه افراز بجمع الانصباء لامبادلة ولهذا لايشترط فيه التأقيت ولكل واحدان يستقل ما اصابه بالمهايأة شرط ذلك فى العقد اولم يشرط لحدوث المنافع على ملكه كما فى الهداية (و) تجوز المهايأة (فى بيت صغير يسكنه هذا شهراً وهذا شهراً وله) اى لكل واحد منهما (الاجارة) اى اجارة ما اصابه (واخذ الغلة فى نوبته) متعلق بالاجارة لانها قسمة المنافع وقد ملكها فله استغلالها (و) تجوز المهايأة (فى عبد) واحد (يخدم) العبد (هذا يوما وهذا يوما) لان المهايأة قد تكون فى الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا ولو اختلفا فى التهايؤ من حيث الزمان والمكان فى محل يحتملهما يأمرهما القاضى ان يتفقا لان التهايؤ فى المكان اعدل وفى الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لابد من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان يقرع فى البداية نفيا للتهمة (و) تجوز المهايأة (فى عبدين يخدم احدهما) اى احد العبدين (احدهما) اى احد الشريكين (و) يخدم العبد (الآخر) الشريك (الآخر) لاشكال على اصلهما لان عندهما تجوز قسمة الرقيق جبرا واختيارا فكذا منفعتهم واما عند الامام والقياس على عدم جواز القسمة يمنع الجواز لكن الصحيح الجواز لقلة التفاوت فى الخدمة بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما بيناه (ولو اتفقا على ان نفقة كل عبد على من يخدمه جاز استحسانا بخلاف الكسوة) لان العادة جرت بالمسامحة فى الطعام دون الكسوة ولقلة التفاوت فى الطعام وكثرتها فى الكسوة فان وقت شيأ من الكسوة معروفا جاز استحسانا لان عند ذكر الوصف ينعدم التفاوت او يقل (و) يجوز (فى دارين يسكن هذا) الشريك (هذه) الدار (و) يسكن (هذا) الشريك الآخر الدار (الاخرى) ويجبره القاضى عليه اذا طلبه احد الشريكين وهذا ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة حتى يجرى الجبر على قسمتهما واما عنده فلان المنافع فيها لاتفاوت فيجوز ويجبر منهما ويعتبر افرازا كالاعيان المتقاربة بخلاف القسمة وقد قيل لايجبر اعتبارا بالقسمة وعنه انه لايجوز التهايؤ فيه اصلا لا بالجبر ولا بالتراضى (ولا يجوز ذلك) اى التهايؤ (فى دابة) يركب هذا يوما وهذا يوما (او دابتين) يركب هذا هذه وهذا الاخرى (الابتراضيهما) عند الامام لان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واحذق بخلاف العبد والعبدين لانه يخدم باختياره فلا يتحمل الزيادة على طاقته والدابة تحملها (خلافا لهما) اى عندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان (ويجوز) التهايؤ (فى استغلال دار) يستغلها هذا شهراً ويأخذ غلتها وهذا شهراً ويأخذ غلتها (او دارين هذا هذه) يعنى هذا الشريك يستغل هذه الدار ويأخذ غلتها (وهذا) الشريك الآخر يستغل الدار (الاخرى) ويأخذ غلتها فى ظاهر الرواية لان الظاهر عدم التغيير (لا فى استغلال عبد او دابة) اى لايجوز التهايؤ فى استغلالهما لان النصيبين يتعاقبان فى الاستيفاء فالظاهر التغيير فى الحيوان فتفوت المعادلة (و ما زاد فى نوبة احدهما فى الدار الواحدة) من الغلة على الغلة فى نوبة الآخر (مشترك)

لتحقق التعديل بخلاف ماذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما فى نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد (لا فى الدارين) وفى الهداية والتهايؤ على الاستغلال فى الدارين جائز ايضا فى ظاهر الرواية ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان بخلاف الدار الواحدة والفرق ان فى الدارين معنى التميز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفى الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد فى نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل (و) يجوز التهايؤ (فى استغلال عبدين هذا هذا) اى يستغل هذا الشريك هذا العبد ويأخذ غلته (وهذا الآخر) اى يستغل الشريك الآخر ويأخذ غلته (لا يجوز) عند الامام لان التفاوت فى اعيان الرقيق اكثر من التفاوت من حيث الزمان فى العبد الواحد فالاولى ان يمتنع الجواز والتهايؤ فى الخدمة يجوز ضرورة ولا ضرورة فى الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر هو التسامح فى الخدمة والاستقصاء فى الاستغلال فلا يتقايسان كما فى الهداية (خلافا لهما) اى عندهما يجوز اعتبارا بالتهايؤ فى المنافع (وعلى هذا) الخلاف (الدابتان) حيث منع الامام المهايأة فى بغلتين مثلا وجوزها صاحباه لما ذكر (ولا يجوز) المهايأة (فى ثمر شجر او لبن غنم او اولادها) لانها اعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها فلا حاجة الى التهايؤ بخلاف ابن ابن آدم حيث تجوز المهايأة فيه حتى لو كانت جاريتان مشتركة بين اثنين فتهايئا ان ترضع احداهما ولد احدهما والاخرى ولد الآخر جاز لان ابن ابن آدم لا قيمة لها فجرى مجرى المنافع والحيلة فى الثمار ونحوه ان يشترى نصيب شريكه ثم يبيع كلها بعد مضى نوبته او ينتفع باللبن المقدر بطريق القرض فى نصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز كما فى التبيين (ويجوز) المهايأة (فى عبد ودار على السكنى والخدمة) لان المقصود منهما يجوز عند اتحاد الجنس فعند الاختلاف اولى (وكذا) تجوز المهايأة (فى كل مختلفى المنفعة) كسكنى الدار وزرع الارض وكذا الحمام والدار لان كل واحدة من المنفعتين يجوز استحقاقها بالمهايأة (ولا تبطل المهايأة بموت احدهما ولا بموتهما) لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم فلا فائدة فى النقض ثم الاستئناف (ولو طلب احدهما القسمة) والآخر المهايأة (بطلت) المهايأة فيما يحتمل القسمة لان القسمة اقوى فى استكمال المنفعة

كتاب المزارعة

لما كان الخارج فى عقد المزارعة من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وهى مفاعلة من الزرع وهو القاء الحب ونحوه فى الارض وفى الشرع (هى) اى المزارعة (عقد على الزرع ببعض الخارج) ويسمى المخابرة والمحاقلة ويسميها اهل العراق القراح (وهى) اى المزارعة (فاسدة) عند الامام لان النبى عليه السلام نهى عن المخابرة بالثلث والربع والمخابرة هى المزارعة على لغة اهل المدينة والتخصيص بالثلث والربع للعادة فى هذا الزمان بهما اذ الفساد ثابت فى غيرهما ايضا ولذا قيل فى التعريف ببعض الخارج ولانها فى معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبى عليه السلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن

والصلح وهو جائز (وعندهما جائزة) لانه عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج
من ثمر وزرع ولان الحاجة ماسة اليها الان صاحب الارض قد لا يقدر على العمل بنفسه ولا يجد
ما يستأجر به والقادر على العمل لا يجد ارضا ولا ما يعمل به فدعت الحاجة الى جوازها دفعا
للحاجة كالمضاربة (وبه) اى بقولهما (يفتى) لتعامل الناس وبمثله يترك خبر الواحد والقياس
(قال) الامام (الحصيرى وابو حنيفة هو الذى فرع هذه المسائل على اصوله) اى على قول
من جوز المزارعة كما فى الخلاصة * وفى المبسوط ثم التفريع بعد هذا على قول من يجوز المزارعة
وعلى اصول ابى حنيفة انه لو كان يرى جوازها (لعلمه ان الناس لا يأخذون) فيها (بقوله) لحاجتهم
اليها وتعاملهم بها (ويشترط فيها) اى فى المزارعة عند من يجوزها (صلاحية الارض
للزرع) لان المقصود وهو الريع لا يحصل بدون كونها صالحة للزراعة (و) يشترط (اهلية
العاقدين) لانه لم يصح عقد بدون الاهلية (و) يشترط (تعيين المدة) لتصير المنافع معلومة
كسنة او اكثر فان ذكر وقتا لا يتمكن فيه من الزراعة فهى فاسدة وكذا ذكر مدة لا يعيش احدهما
الى مثلها غالبا وجوزه بعض ومن محمد بن سلمة انها بلا ذكر المدة جائزة وتقع على سنة واحدة
وبه اخذ الفقيه ابو الليث (و) يشترط تعيين (رب البذر) قطعا للمنازعة (و) يشترط تعيين
(جنسه) اى البذر ليصير الاجر معلوما اذ الاجر بعض الخارج (و) يشترط تعيين (نصيب
الآخر) اى بيان نصيب من لا بذر من جهته لانه اجرة عمله او ارضه فلا بد ان يكون معلوما
(و) يشترط (التخلية بين الارض والعامل) لانه بذلك يتمكن من العمل فصار نظير المضاربة
لا تصح حتى يسلم المال اليه حتى اذا شرط فى العقد ما يفوت به التخلية وهو عمل رب الارض
مع العامل لا تصح (و) يشترط (الشركة فى الخارج) بعد حصوله لتحقق المعنى المقصود من
المزارعة وهو الشركة لانها تنعقد اجارة فى الابتداء وشركة فى الانتهاء ثم فرع على هذا
الشرط بقوله (فتفسد) اى المزارعة (ان شرط لاحدهما) اى لاحد العاقدين (قفزان)
جمع قفيز (معينة) لاحتمال انقطاع الشركة عند اخراج الارض مقدارا مذكورا او قليلا
فحينئذ لا يوجد على ما عقد عليه وهو الاشتراك فيما يخرج على الشيوع (او) شرط لاحدهما
(ما يخرج من موضع معين) وكون الباقى بينهما لانقطاع الشركة بان لا يحصل حبة الا من
موضع مذكور (كالماذيانات) جمع ماذيان وهو معرب وهو اصغر من النهر واعظم من
الجدول (والسواقى) جمع ساقية وهى فوق الجدول دون النهر كما فى المغرب فيكون
الماذيان والساقية من الالفاظ المترادفة وانما تفسد المزارعة لاحتمال ان لا يخرج الا منها فيؤدى
الى قطع الشركة (او) شرط (ان يرفع قدر البذر) لصاحب البذر وكون الباقى بينهما
(او) شرط ان يرفع قدر (الخراج ويقسم ما بقى) من قدر البذر او قدر الخراج بينهما لانه
يؤدى الى قطع الشركة فى بعض معين او فى الجميع لاحتمال ان لا يخرج الا قدر البذر او الخراج
والمراد من الخراج الخراج الموظف بان كان الموضوع على الارض دراهم مسماة واما اذا كان
الخراج خراج مقاسمة بان كان الموضوع عليه النصف الخارج او ثلثه او نحو ذلك من الجزء

الشائع وان اشترطا رفعه لاتفسد المزارعة لانه لايؤدي الى قطع الشركة (او) شرط (ان يكون التبن لاحدهما وحب للآخر) لانه يحتمل ان تصيبه آفة لايحصل بها الحب سوى التبن فيؤدي الى انقطاع الشركة في المقصود وهو الحب (او يكون الحب بينهما والتبن لغير رب البذر) لانه خلاف مقتضى العقد (او يكون التبن بينهما والحب لاحدهما) بعينه لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب (وان شرط كون الحب بينهما والتبن لرب البذر او شرط رفع العشر) اى عشر الخارج والارض عشرية والباقي بينهما (صحت) المزارعة اما الاولى فيجوز الشركة لوجودها في المقصود ولكون التبن لصاحب البذر على مايقتضيه حكم العقد لانه نماء البذر والثانية فلان العشر مشاع فلايؤدي الى قطع الشركة وكذلك اذا شرط صاحب البذر عشر الخراج لنفسه او للآخر والباقي بينهما (وان) شرط كون الحب بينهما و(لم يتعرض للتبن) لحصول الشركة فيما هو المرام (فهو) اى التبن (بينهما) وهذا قول مشايخ بلخ اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه العقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل (وقيل) يكون التبن (لرب البذر) لانه نماء ملكه قال ابن الشيخ في شرح الوقاية وفي ديارنا لصاحب البقر لكونه علفاله (واجر الحصاد ٦ والرفاع والدياس والتذرية عليهما) اى على العامل ورب الارض (بالحصص) لان الغرم بالغنم (فان شرط) الاجر (على العامل فسدت) المزارعة لانه شرط لايقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما فتفسد (وعن ابي يوسف انه) اى الشرط على العامل (يصح) للتعامل بين الناس اعتبارا بالاستصناع (وهو الاصح وعليه الفتوى) وهو اختيار مشايخ بلخ قال شمس الائمة السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا (وشرطه) اى الاجر (على رب الارض مفسد اتفاقا) لعدم التعامل بذلك (وما) كان (قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على المزارع وان) وصلية (لم يشترط) لان ذلك موجب عقد المزارعة لانه عمل يزداد به المزرع ولاينقص * وفي الهداية فالحاصل ان ماكان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وماكان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباهه على مابيناه وماكان بعد القسمة فهو عليهما * قال في العناية لكن فيما هو قبل القسمة على الاشتراك وفيما هو بعدها على كل واحد منهما في نصيبه خاصة لتميز ملك كل واحد منهما عن ملك الآخر (واذا كان البذر والارض لاحدهما والعمل والبقر للآخر او) كانت (الارض لاحدهما والبقية) من العمل والبذر والبقر (للآخر او) كان (العمل لاحدهما والبقية) من الارض والبذر والبقر (للآخر صحت) المزارعة في الكل * اما الاولى فلان الاستئجار يقع على العمل هنا والبقر آلة للعامل كما يقطع الاستئجار في الخياطة على الخياط ويجعل ابرته آلة لها * واما الثانية فلان صاحب البذر استأجر الارض بجزء معلوم من الخارج كاستئجارها بدراهم معلومة * واما الثالثة فلان صاحب الارض استأجر العامل ليعمل بآلة المستأجر فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طينا ليطين بمره (وان كانت الارض والبقر لاحدهما والبذر والعمل للآخر بطلت) المزارعة لان رب البذر يصير

٦ الرفاع بفتح الراء المهملة والفاء حمل الزرع الى البيدر وكسر الراء لغة فيه * والتذرية من ذرى يذرى في الهواء ليخرج الحب ويتميز من التبن ووجوب هذا مطلق من غير قيد بانقضاء مدة الزرع * منه

مستأجراً بالبذر وانه لايجوز لكون الانتفاع بالاستهلاك اويصير مستأجراً للبقر مع الارض ببعض الخارج وانه لايجوز لعدم التعامل وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يجوز لما فيه من العادة والقياس يترك به (وكذا) تبطل (لو كان البذر والبقر لاحدهما والارض والعمل للآخر) لان الشرع لم يرد به (او) كان (البذر لاحدهما والباقي) وهو العمل والبقر والارض (للآخر) وانما بطلت لان العامل اجير فلا يمكن ان تجعل الارض تبعا له لاختلاف منفعتهما * وههنا صورة اخرى لم يذكرها وهي ان يكون البقر من واحد والباقي من آخر قالوا هي فاسدة لان ذلك استئجار البقر باجر مجهول اذ لا تعامل في استئجار البقر ببعض الخارج فلا يعلم ما هو اجره بحسب التعامل * وفي التنوير دفع رجل ارضه الى آخر على ان يزرعها بنفسه وبقره والبذر بينهما نصفان والخارج بينهما كذلك فعملا على هذا فالمزارعة فاسدة ويكون الخارج بينهما نصفين وليس للعامل على رب الارض اجر ويجب عليه اجر نصف الارض لصاحبها * وكذلك تفسد لو كان البذر ثلثاه من احدهما وثلثه من الاخر والربع بينهما على قدر بذرهما (واذا صحت) المزارعة (فالخارج على الشرط) اى فالخارج على ما شرط من النصف او الثلث او نحو ذلك لصحة الالتزام (وان لم يخرج) من الارض (شئ فلا شئ للعامل) لان استحقاقه بالشركة في الخارج ولا شركة في الخارج (ومن ابى) اى امتنع (عن المضي) على موجب عقد المزارعة (بعد العقد اجبر) من طرف الحاكم لانها انعقدت اجارة وهي عقد لازم (الى رب البذر) فانه لا يجبر عند الاباء فانه لا يمكنه المضي الا باتلاف ماله وهو القاء البذر على الارض ولا يدري هل يخرج ام لا فصار نظير ما لو استأجره ليهدم داره ثم امتنع وان امتنع العامل اجبر على العمل لانه لا يلحقه به ضرر كما في التبيين (وان فسدت) المزارعة (فالخارج لرب البذر) لما مر من انه نماء ملكه (وللآخر اجر مثل عمله) ان كان رب البذر صاحب الارض (او) اجر مثل (ارضه) ان كان البذر من قبل العامل (ولا يزاد) اجر المثل (على ما شرط) اى على المسمى عند الشيخين لوجود الرضى كما في الاجارة الفاسدة (خلافا لمحمد) فان عنده تجب بالغة ما بلغت لان التسمية عند الفساد تكون لغوا وبه قالت الائمة الثلاثة (وان فسدت) المزارعة (لكون الارض والبقر فقط لاحدهما لزم اجر مثلهما) اى اجر مثل الارض والبقر لانه استوفى منفعة الارض والبقر بحكم عقد فاسد فيلزم اجر مثلهما (هو الصحيح) احتراز عما قيل يغرم له مثل اجر الارض مكروبة واما البقر فلا يجوز ان يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه لا صحيحا ولا فاسدا ووجوب اجر المثل لا يكون بدون انعقاد العقد والمنافع لا تتقوم بدونه (واذا فسدت) المزارعة بوجه من وجوه الفساد (والبذر لرب الارض فالخارج كله حل له) اى حل له قدر البذر والفضل لانه نماء ملكه (وان) فسدت والبذر (للعامل) لا يطيب له الخارج فحينئذ (تصدق بما فضل من قدر بذره و) قدر (اجرة الارض) لانه حصل من بذره لكن في ارض مملوك للغير بعقد فاسد فاوجب خبثا فما

كان عوض ماله طابله وتصدق بالفضل كافي الاختيار (واذا ابى رب البذر عن المضى وقد كرب العامل الارض) اى قلبها للحرث (فلاشئ له) اى للعامل في عمل الكراب (حكما) اى قضاء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما تتقوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لا يجب شئ (ويسترضى) اى الآبى في عمله (ديانة) على وجه يمكن اذالة الغرور في الكراب من جانب الآبى (وتبطل المزارعة بموت احدهما) اى احد العاقدين (وتفسخ بالاعذار كالاجارة) وقدمر الوجه في الاجارة (وتفسخ) المزارعة (ان لزم دين محوج الى بيع الارض) بان لم يقدر على قضائه الا ببيع الارض (قبل نبات الزرع) لان ذلك عذر وهى تفسخ بالاعذار (لا بعده) اى لا بعد نبات الزرع (مالم يحصد) اى او نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير اهون من الابطال ويخرجه القاضى من الحبس ان كان حبسه به * قال صاحب الدرر ولو دفعها ثلاث سنين فلما نبت في الاولى ومات صاحب الارض قبل ادراكه ترك الزرع في يد المزارع وقسم على الشرط وبطلت المزارعة في السنتين الاخريين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة حق المزارع والورثة وفي القطع ابطال لحق العامل اصلا فكان الابقاء اولى واما في الاخريين فلا حاجة الى الابقاء اذلم يثبت الحق للمزارع في شئ بعد فعملنا بالقياس (ولاشئ للعامل ان كان كرب الارض او حفر النهر) لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد وتقومها بالخارج فلا خارج (وان تمت مدتها) اى المزارعة (قبل ادراك الزرع فعلى العامل اجر مثل حصته من الارض حتى يدرك) الزرع ويستحصد لان في قلعه ضررا فيبقى باجر المثل الى ان يستحصد ويجب على غير صاحب الارض بحصته من الاجرة (ونفقة الزرع) ومؤنة الحفظ وكرى الانهار (عليهما) اى على المتعاقدين (بقدر حصصهما) اى على قدر ملكهما بعد انقضاء المدة عليهما لانها كانت على العامل لبقاء العقد لانه مستأجر في المدة فاذا مضت انتهى العقد فتجب عليهما لانه مال مشترك بينهما (وايهما انفق بغير اذن الآخر ولا امر قاض فهو متبرع) لان كل واحد منهما غير مجبور على الانفاق ولا يقال هو مضطر الى ذلك لاحياء حقه لانه يمكنه ان ينفق بامر القاضى فصار كالدار المشتركة (وليس لرب الارض اخذ الزرع بقلا) لما فيه من الاضرار بالمزارع (وان اراد المزارع ذلك) اى اخذ الزرع بقلا (قيل لرب الارض اقلع الزرع ليكون بينكما او اعط قيمة نصيبه) اى المزارع (او انفق) انت (على الزرع وارجع في حصته) اى ارجع عليه بما انفقته في حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود النهى نظر للعامل وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر كافي الهداية (ولو مات رب الارض والزرع بقل فعلى العامل العمل الى ان يدرك) لان العقد ثمه بقى في مدته وموجبه عليه الى ادراكه وحصاده (وان مات العامل والزرع بقل (فقال وارثه انا اعمل الى ان يستحصد فله) اى للوارث (ذلك) اى

ان يعمل مكانه نظر الاورثة (وان) وصلية (ابى رب الارض) ولا اجر للوارث بمقابلة عمله لانه قام مقام العامل وهو لا يستحق الاجر فى المدة كأن الوارث ورثه مع ما لزم عليه من العمل فان اراد الوارث قلع الزرع لم يجبر على العمل والعامل على الخيارات الثلاث لما بينا لكن لو رجع المالك بالنفقة يرجع بكلها اذا العمل على العامل مستحق لبقاء العقد كما فى الكفاية * وفى التنوير الغلة فى المزارعة مطلقا اى صحيحة او فاسدة امانة فى يد المزارع فلا ضمان او هلكت ومثله المعاملة واذا قصر المزارع فى سقى الذرع حتى هلك الزرع لم يضمن فى الفاسدة ويضمن فى صحيحة ٧

كتاب المساقات

لا يخفى عليك انه كان المناسب ان يقدم المساقات على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث فى معاملة النبى عليه السلام باهل خيبر غير ان اعتراض موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة * احدهما شدة الاحتياج الى معرفة احكام المزارعة لكثرة وقوعها * والثانى كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة والمساقاة من المزارعة كما فى النتف * وانما آثر على المعاملة التى هى لغة اهل المدينة لانها اوفق بحسب الاشتقاق ولم يفرق بين معناها اللغوى والشرعى فالتفرقة من الظن كما فى القهستانى (هى دفع الشجر الى من يصلحه بجزء معلوم (من ثمره) اى الشجر (وهى) اى المساقاة (كالمزارعة حكما) حيث يفتى على صحتها (وخلافا) حيث تبطل عند الامام وتصح عندهما كالمزارعة وبه قالت الائمة الثلاثة (وشروطا) يمكن اشتراطها فى المساقاة كذكر نصيب العامل والشركة فى الثمر والتخلية بين العامل والشجر واما بيان البذر ونحوه فلا يمكن فى المساقاة (الا المدة فانها) اى المساقاة (تصح بلا ذكرها) اى بلا بيان المدة استحسانا فان لادراك الثمر وقتا معلوما وقل ما يتفاوت فيه فيدخل فيه ما هو المتيقن به وادراك البذر فى اصول الرطبة فى هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط فيه بيان المدة بخلاف الزرع فى ظاهر الرواية لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة الفاحشة قال صاحب المنح وغيره وشروطا الا فى اربعة اشياء * احدها اذا امتنع احدهما يجبر عليه اذ لا ضرر عليه فى المضى بخلاف المزارعة * والثانى اذا انقضت المدة يترك بلا اجر ويعمل بلا اجر وفى المزارعة باجر * والثالث اذا استحق النخيل يرجع العامل باجر مثله وفى المزارعة بقيمة الزرع والرابع ما بين فى المتن (وتقع) مدة المساقاة (على) مدة (٨ اول ثمرة تخرج) فى هذه السنة فاول المدة وقت العمل فى الثمر المعلوم وآخرها وقت ادراكه المعلوم فيجوز وفى المنح والفتوى على انه تجوز وان لم يبين المدة فتكون له ثمرة واحدة فلو لم يخرج فيها انقضت المساقاة (و) تقع (فى الرطبة على ادراك ٩ بذرها) اى دفع الرطبة لادراك البذر كدفع الشجر لادراك الثمر يعنى اذا دفعها بعد ما تناهى نباتها ولم يخرج بذورها فيقوم عليها ليخرج البذر فهو جائز كما فى القهستانى (ولو دفع نخيلا او اصول رطبة ليقوم عليها) معناها حتى يذهب اصولها او ينقطع نباتها لانه لا يعرف متى ذلك (او اطلق فى الرطبة) يعنى لم يقل حتى يذهب اصولها (فسدت) المعاملة لانه لا يعلم وقت اول جزء منها حتى لو عرف جاز كما او اطلق فى النخل فانه ينصرف الى الثمرة الاولى (ويفسدها) اى المساقاة (ذكر مدة

---

٧ وفى القهستانى * ويستحب ان يبذره على الطهارة * ثم يقوم فى ناحية ويصلى ركعتين * ثم يقول * اللهم انا عبد ضعيف وسلمت هذا اليك فسلمه لى وبارك لى فيها * ثم يصلى على النبى عليه السلام فانه تعالى يحفظ هذا الزرع عن آفاته ويبارك فيها * واذا ادرك الزرع يجب ان يكون الكيال على طهارة ويستقبل القبلة والا لا يكون بركة * فاذا فرغ من كيله يصلى ثم يقول * يارب القيت بذراً واعطيتنى شيأ كثيرا فاجعلها قوت طاعة ولا تجعلها قوت معصية واجعلنى من الشاكرين * وكذا فى غرس الاشجار ** منه

٨ صورته اذا دفع كرما وفيها

لايخرج الثمر فيها) اى فى المدة لفوات المقصود وهو الشركة فى الخارج فللعامل اجر المثل (وان احتمل خروجها) اى خروج الثمر فيها (وعدمه) اى عدم خروجها فيها (جازت) المساقاة لاحتمال حصول المقصود (فان خرج) الثمر (فيها) اى فى المدة (فعلى الشرط) الذى شرطاه لتحقق المرام (وان تأخر عنها) اى عن المدة (فسدت) المساقاة (وللعامل ١١ اجر مثله) لفساد العقد لانه تبين الخطأ فى المدة المسماة فصار كما اذا علم فى الابتداء كما فى الهداية وفى المنح كلام فان شئت فارجع اليه (وكذا) اى للعامل اجر مثله (كل موضع فسدت) المساقاة (فيه) لانها فى معنى الاجارة الفاسدة (وان لم يخرج شئ) من الثمر (فلا شئ له) اى للعامل بناء على جواز ان لايخرج ابدا لآفة سماوية فلم يتبين الخطأ فى المدة وفى القهستانى هذا عند ابى يوسف وقالا له اجر المثل (وتصح المساقاة فى النخل والكرم والشجر والرطاب) يعنى البقول كالكراث والاسفاناخ ونحوهما (واصول الباذنجان) عندنا لحاجة الناس فى كلها الا فى بعضها وانما ذكر الشجر هنا مع انفهامه مما سبق وذكر النخل مع دخوله فى الشجر ردا للشافعى اذ عنده لايجوز فى الشجر ويجوز فى النخل والكرم لوقوع الاثر فيهما لا غيرهما (فان كان فى الشجر ثمر ان كان) الثمر (يزيد بالعمل صحت) المساقاة (والا) اى ان لم يزد بالعمل بان انتهى الثمر (فلا) يصح لان العامل لايستحق الاجر الا بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهى لان جوازه قبل التناهى للحاجة على خلاف القياس ولا حاجة الا مثله فبقى على الاصل (وكذا فى المزارعة لو دفع ارضا فيها بقل) فانها تجوز وان استحصد وادرك لم تجز لما قررنا قبله والاصل ان المعاملة متى عقدت على ماهو فى حد النمو والزيادة صحت واذا عقدت على ما تناهى عظمه وصار بحال لا تزيد فى نفسه بسبب عمل العامل لا تصح وانما يعرف خروج الاشجار عن حد الزيادة اذا بلغت واثمرت كما فى المنح (وماقبل الادراك كالسقى والتلقيح والحفظ فعلى العامل) لانه من تمام عمله (ومابعده) اى بعد الادراك (كالجذاذ) اى القطع (والحفظ) بعد الجذاذ (فعليهما) لان الثمر بعد الادراك صار ملكا مشتركا فيه فيشتركان فى نحو هذا العمل بقدر الحصص (ولو شرطه) اى ما يعمل بعده (على العامل فسدت) المساقاة (اتفاقا) لانه شرط لايقتضيه العقد وفيه منفعة للآخر فيكون مفسدا (وتبطل) المساقاة (بموت احدهما) اى احد العاقدين (فان كان الثمر خاما) اى نيا لكن فى الفرائد كلام ان شئت فارجع اليه (عند الموت اوتمام المدة) على تقدير ذكر المدة فيها (يقوم العامل اوورثته عليه) كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية ان مات الدافع فى حال ان الثمر نى يقوم العامل عليه كما قام وان مات العامل والثمر نى يقوم وارث العامل عليه كما قام مورثه (وان) وصلية (ابى الدافع) على كونه حيا (اوورثته) ان ميتا اى ليس لهما المنع من ذلك استحسانا كما فى المزارعة لان فى منعه الحاق الضرر به فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولاضرر للدافع ولا على ورثته (فان اراد العامل اووارثه صرمه) اى قطعه (بسرا) والمناسب ان يقول نيا (خير الآخر) ان حيا (اووارثه) ان ميتا (بين ان يقسموه) اى البسر (على الشرط او يدفعوا قيمة نصيبه)

مشمش وخوخ وتفاح وكمثرى واجاص الخ يقع على اول ثمر اى يقع العقد على المشمس من الاولى لانه ينتهى اولا ولايقع على سائر الاشجار لان لكل واحد منها وقتا معلوما اى يختلف ابتداؤه وانتهاؤه* منه

٩ البزر بالزاء المعجمة اسم لحبات الحشيش وبذال المعجمة اسم لحبات الفلاة * منه

١١ وفى الاصلاح يلزم للعامل اجر المثل العامل المستأجر يعمل على ادراك الثمر لا اجرا المثل العامل المستأجر الى زمان ظهور فساد العقد لانعدام التيقن فى مدة ظهور فساده فيحتمل تفاوت اجر المثل بتقدير المدة قليلا كان وكثيرا * منه

اى نصيب العامل من البسر (او شفقوا) على البسر حتى يبلغ (ويرجعوا) عليه بما انفقوا فى حصة العامل من البسر لانه ليس له الحاق الضرر بهم (كما مر) (فى المزارعة) على هذا الوجه وقد بيناه هنا وجه الخيار فيها فلا نعيد (ولا تفسخ) المساقاة (بلا عذر) لان المساقاة تنعقد اجارة وتتم شركة فيكون انفساخ عقدها بما تنفسخ الاجارة به (ومرض العامل اذا عجز عن العمل عذر) وفى الهداية ومن الاعذار مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان فى الزامه استئجار الاجزاء زيادة ضرر عليه ولم يلزمه فيجعل عذرا ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتأويل احدهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته (وكذا كونه) اى العامل (سارقا يخاف منه على الثمر او ١٢ السعف) قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضرر لم يلتزمه فتفسخ به (ولو دفع فضاء) اى ارضا بيضاء الى رجل (مدة معلومة لمن يغرس) فيها شجرا (لتكون الارض والشجر بينهما لايصح) لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا للدفع قبل الشركة بلا عمله (والشجر) الذى يغرس (لرب الارض) لوقوع الغرس بالتراضى فيتبع الارض لاتصاله بها (وللغارس قيمة غرسه و) اجر مثل (عمله) لانه ابتغى لعمله اجرا وهو نصف الارض اونصف الخارج ولم يحصل له منه شئ فيجب عليه اجر مثله قيل حيلة الجواز ان يبيع نصف الاغراس بنصف الارض ويستأجر صاحب الارض العامل ثلاث سنين مثلا بشئ قليل ليعمل فى نصيبه وفى التنوير ذهبت الريح بنواة رجل والقتها فى كرم آخر فنبت منها شجر فهى لصاحب الكرم * وكذا لو وقعت خوخة فى ارض غيره فنبتت * وفى المنح دفع كرمه معاملة بالنصف ثم زاد احدهما على النصف ان زاد صاحب الكرم لايجوز لانه هبة مشاع وان زاد العامل يجوز لانه اسقاط

١٢ السعف بالتحريك جمع سعفة وهى غصن النخل كما فى المنح منه

كتاب الذبائح

وجه المناسبة بين المساقاة والذبائح اصلاح مالا ينتفع به بالاكل فى الحال للانتفاع فى المآل (الذبيحة اسم) (بما يذبح) مجازا باعتبار مايؤول لان الذبيحة اسم للذبح اولما اعد للذبح كما فى شرح الكنز للعينى * وفى القهستانى * والذبيحة مايستذبح من النعم فانه منقول الى الاسمية من الوصفية اذ الذبيح اسم ماذبح فليس الذبيحة المذكاة كما ظن والمراد ذبح الذبائح * (والذبح) فى الشرع (قطع الاوداج) جمع ودج والمراد الودجان والحلقوم والمرئ وانما عبر عنه بالاوداج تغليبا كما ورد فى الحديث قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية الذبائح جمع ذبيحة وهى اسم للمذبوح والذبح بالفتح مصدر ذبح اذا قطع الاوداج وبالكسر اسم كالذبيحة والذكاة الذبح وهى اسم من ذكى الذبيحة تذكية اذا ذبحها قال خرم ذبيحة لم تذك قيل يراد بالذبيحة معناه المجازى فالمعنى حرم حيوان من شانه الذبح اذا لم يذبح فخرج السمك والجراد اذ ليس من شانهما الذبح وقيل يراد بها معناها الحقيقى فالمعنى حرم مذبوح لم يذك بمعنى لم يذكر اسم الله تعالى عليه فهذا لايتناول حرمة ماليس بمذبوح كالمتردية والنطيحة ونحوهما تناولا ظاهرا وقيل المعنى حرم مذبوح لم يذبح ذبحا شرعيا فحينئذ يفهم حرمة مثل المتردية والنطيحة بطريق الدلالة فان ماكان حراما اذا لم يذك حال كونه مذبوحا فحرمة مالم يذك حال عدم كونه مذبوحا احرى واليق وحكمة الى الفهم

اسبق لكن لايخرج منه السمك يقال حل الذبيحة على معناها المجازي اولى من الحمل على معناها الحقيقي اذ في تناول الحقيقي لحرمة بعض الصور تكلف وفي اخراج مالم يذبح منه تعسف (و تحل ذبيحة مسلم وكتابي ذمي او حربي) اما المسلم فلقوله تعالى « الا ما ذكيتم » والخطاب للمسلمين واما الكتابي فلقوله تعالى « وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم » والمراد به مذكاتهم لان مطلق الطعام غير المذكى يحل من اي كافر كان « وفي المنح المولد بين كتابي ومجوسي تحل ذكاته وفي التجريد ولو اهل نصراني على ذبيحته بغير اسم الله فيسمع كلامه لم تؤكل ومن لم يشاهد ذبحه منهم حل اكل ذبيحتهم لكن فيه كلام قد قررناه في النكاح (ولو) كان الذابح (امرأة او صبيا او ٢ مجنونا يعقلان) حل الذبيحة بالتسمية ويضبطان شرائط الذبح ويقدران على الذبح والاصلاح فمن لا يعقل ولا يضبط لا تحل ذبيحته (او) كان الذابح (اخرس) لان الاخرس عاجز عن الذكر فيكون معذورا وتقوم الملة مقام تسميته كالناسي بل اولى (او اقلف) وانما ذكر الاقلف مع ان حل ذبيحته يفهم مما سلف احترازا عن قول ابن عباس فانه يقول شهادة الاقلف وذبيحته لا تجوز منعا عن ترك الختن بلا عذر (لا) تحل (ذبيحة وثني) لانه مشرك كالمجوس وهو الذي يعبد الوثن وهو الصنم هذا عندهما واما عنده تحل لكن لا خلاف حقيقة على ما مر في النكاح (او مجوسي) لانه مشرك ليس له احتمال ملة التوحيد (او مرتد) لانه لا ملة له حيث ترك ما عليه ولم يقر على ما انتقل اليه عندنا بخلاف اليهودي اذا تنصر او بالعكس او تنصر المجوسي او تهود لانه يقر على ما انتقل اليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح حتى لو تمجس يهودي او نصراني لا يحل صيده ولا ذبيحته (او تارك التسمية) حال كونه (عمدا) مسلما كان او كتابيا عندنا لقوله تعالى « ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه » خلافا للشافعي لقوله تعالى « الا ما ذكيتم » قال ابو يوسف والمشايخ على ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ وفي شرح الوقاية لصدر الشريعة تفصيل ولحاشيته للآخر مناقشة فليراجعهما وفي الهداية لكونه مخالفا للاجماع وفي القهستاني وفيه اشعار بان التسمية شرط للحل ويدخل فيه كل اسم من اسمائه تعالى فلو قال الله او غيره مريدا له جاز فلو سمى ولم ينو الذبح لم يحل والاحسن بسم الله والمستحب عند البقالي بسم الله والله اكبر وكذا عند الحلواني الا انه كرهه مع الواو ولكن المنقول عن الاثر بالواو فلا يكره وانما حل الاكل اذا سمى على الذبيحة لانه لو سمى عند الذبح لافتتاح عمل لم يحل لما في التنوير ولو سمى ولم يحضره النية صح بخلاف ما لو قصد بالتسمية التبرك في ابتداء الفعل فانه لا يصح كما لو قال الله اكبر واراد به متابعة المؤذن فانه لا يصير شارعا في الصلاة وان لم يكن له نية في التسمية يحل وكذا اذا فصل بينه وبين التسمية بعمل كثير لم يحل وكذا لو سمى وذبح لقدوم الامير او غيره من العظماء لا تحل لانه ذبح تعظيما له لا لله بخلاف ما اذا ذبح للضيف فانه لله (فان تركها) اي التسمية (ناسيا تحل) ذبيحته لان النسيان مرفوع حكمه خلافا لمالك (وكره) المذبوح (ان يذكر مع اسم الله) تعالى (غيره وصلا دون عطف) مثل ان يقول بسم الله محمد رسول الله بالرفع لانه غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدأ لكن يكره لوجود القران والوصل صورة وان قال

٢ قال في شرح العيني للكنز وان كان يعقل المجنون الذبح في حال جنونه او السكران التسمية في حال سكره جاز والا فلا « وفي التفريع للمالكية ولا يجوز ذبيحة السكران ولا المجنون » « منه

بالخفض لايحل قيل هذا اذا كان يعرف النحو اكل ذبيحتهم (و) كره (ان يقول بسم الله اللهم تقبل من فلان) فانه لايحرم لان الشركة لم توجد ولم يكن الذبح واقعا عليه ولكنه يكره لماذكرنا قبيله (فان قاله) اى قوله اللهم تقبل من فلان (قبل الاضجاع) او بعد الاضجاع (او) قبل (التسمية او بعد الذبح لايكره) لما روى عن النبى عليه السلام انه اذا اراد ان يذبح اضحيته يقول «هذا منك ولك صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين لاشريك له وبذلك امرت وانا اول المسلمين بسم الله والله اكبر» كما قررنا فى الحج ثم يذبح ويقول بعده «اللهم تقبل هذا من امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولى بالبلاغ» (وان عطف حرمت) ذبيحته (نحو بسم الله وفلان بالجر) قال العينى فى شرح الكنز والاوجه ان لايعتبر الاعراب بل يحرم اكل الذبيحة مطلقا بالعطف نحو ان يقول بسم الله واسم فلان وبسم الله ومحمد رسول الله بالخفض او رفع المعطوف على اسم الله تحل واختلفوا فى النصب ويكره فيهما بالاتفاق لوجود الوصل صورة (وكذا) تحرم (ان اضجع شاة وسمى) ثم تركها ولم يذبحها (وذبح غيرها) اى غير الشاة (بتلك التسمية) لان التسمية فى الذبح مشروطة على الذبيحة ولم تقع على الثانية فتحرم (وان ذبحها) اى الذبيحة الاولى (٣ بشفرة اخرى حلت) لانه لااعتبار باختلاف الآلة هنا (وان رمى الى صيد وسمى فاصاب) السهم (غيره) اى غير ذلك الصيد (اكل) لان التسمية هنا على الآلة لان التكليف بحسب الوسع والذى فى وسعه هو الرمى دون الاصابة على ما قصده (وان سمى على سهم ورمى بغيره) اى بغير ذلك السهم الذى سمى عليه (لايؤكل) لانه لم يعلق التسمية على ذلك الغير فكان رميه بلا تسمية (والارسال) اى ارسال الكلب والجارح (كالرمى) حكما فلو ارسل كلبه الى صيد وسمى فترك الكلب ذلك الصيد فاخذ غيره حل لتعلق التسمية بالآلة بخلاف ما اذا ارسل كلبا وسمى ثم تركه وارسل آخر فاصاب لايؤكل لعدم وجود التسمية على الآلة وهو الشرط وفى المنح ويشترط التسمية حال الذبح عند الذبح وفى الرمى عند الرمى وفى الارسال عند الارسال والمعتبر الذبح عقيب التسمية قبل تبدل المجلس (والشرط) فى التسمية (الذكر الخالص) المجرد عن شوب الدعاء وغيره قال ابن مسعود جردوا التسمية ثم فرعه بقوله (فلو قال) عند الذبح (اللهم اغفر لى لايحل) لانه دعاء وسؤال (وبالحمد لله وسبحان الله) يريد به التسمية (يحل) لانه ذكر خالص فيقوم مقام التسمية (لا) يحل فى الاصح (لو عطس) عند الذبح (وحمد الله) لانه يريد الحمد لله على النعمة دون التسمية بخلاف الخطبة حيث يجزيه ذلك عن الخطبة اذا نوى لان المذكور فيها ذكر الله مطلقا وفى الذبيحة المأمور به هو الذكر على المذبوح * وفى المنح وفى قواعد صاحب البحر واما النية فى الخطبة للجمعة فتشرط صحتها حتى لو عطس بعد صعود المنبر فقال الحمد لله للعطاس غير قاصد لها لم تصح (والسنة نحر الابل) اى قطع عروقها الكائنة فى اسفل عنقها عند صدورها لان موضع النحر منها لا لحم عليه وما سوى ذلك من الحلق عليه لحم غليظ فالنحر اسهل من الذبح (وذبح البقر والغنم) لان اسفل الحلق واعلاه سواء فى اللحم منهما والذبح ايسر (ويكره العكس) اى ذبح الابل ونحر البقر والغنم لترك

٣ الشفرة بفتح الشين السكين العظيم * منه

(السنة)

السنة المتوارثة لقوله تعالى «ان الله يأمركم ان تذبحوا بقرة» وقال تعالى «وفديناه بذبح عظيم» وقال تعالى «فصل لربك وانحر» اى انحر الجزور (ويحل) لوجود شرط الحل وهو قطع العروق وانهار الدم والسنة ان ينحر البعير قائما ويذبح الشاة مضطجعة وكذا البقر (والذبح) اى قطع الاوداج (بين الحلق) هو الحلقوم على ما فى النهاية (واللبة) بفتح اللام والباء المشددة هى المنحر من الصدر على ما فى الكافى والهداية موافقا لرواية المبسوط وفى الخانية محل الذكوة الحلق كله لقوله عليه السلام «الذكوة ما بين اللبة واللحيين» وهو الموافق لرواية الجامع الصغير انه لا بأس بالذبح فى الحلق اعلاه واسفله واوسطه وعن هذا قال (اعلى الحلق او اسفله او اوسطه) فيكون عطف بيان لقوله بين قال ابو المكارم وفى الكافى ان ما بينهما هو الحلق كله وقد سبق ان الحلق هو الحلقوم فظهر فساد ما فى الكفاية من ان مقتضى رواية الجامع ان الذبح لو وقع فى اعلى من الحلقوم كان المذبوح حلالا لكونه ما بين اللبة واللحيين وقد صرح فى الذخيرة ان الذبح اذا وقع فى اعلى من الحلقوم لا يحل اه لكن قال القهستانى والحلق فى الاصل الحلقوم استعمل فى بعض العنق بعلاقة الجزئية بقرينة رواية المبسوط والذخيرة وكلام التحفة والعتابى والكافى والمضمرات يدل على ان الحلق يستعمل فى العنق بعلاقة الجزئية بقرينة رواية الجامع فالمعنى من مبدأ الحلق واللبة فالمذبح عند الاولين من العقدة وعند الآخرين من اصل العنق فمن الظن الفاسد افساد كلام الكفاية بناء على كلام الآخرين مع انه حمله على خلاف مراده حيث نقله هكذا مقتضى رواية الجامع ان الذبح لو وقع فى اعلى من الحلقوم كان المذبوح حلالا وكلامه هكذا هذه الرواية تقتضى ان يحل وان وقع الذبح فوق الحلق قبل العقدة ولو جعل بين بمعنى فى كما فى الكرمانى لم يستقم كما لا يخفى (وقيل لا يجوز فوق العقدة) وانما اتى بصيغة التمريض لمخالفته ظاهر الحديث الذى مر آنفا (والعروق) اى عروق الذبح الاختيارى كما فى اكثر الكتب لكن بعيد بل الاولى عروق الحلق فى المذبح كما فى القهستانى (التى تقطع فى الذكوة) اربعة (الحلقوم) مجرى النفس (والمرئ) مهموز اللام فعيل مجرى الطعام والشراب اصله رأس المعدة المتصلة بالحلقوم كما فى الديوان وغيره لكن فى الطلبة ان الحلقوم مجرى الطعام والمرئ مجرى الشراب وفى العينى ان الحلقوم مجريهما وفى المبسوطين انهما عكس ما ذكرنا موافق لما فى الهداية فانه قال واما الحلقوم فيخالف المرئ فانه مجرى العلف والماء والمرئ مجرى النفس (والودجان) تثنية ودج بفتحتين عرقان عظيمان فى جانبى قدام العنق بينهما الحلقوم والمرئ (ويكفى قطع ثلاثة منها) اى من الاربعة (ايا كانت) عند الامام لان للاكثر حكم الكل وبه كان يقول ابو يوسف اولا ثم رجع الى ما سيأتى (وعند محمد) كما فى المحيط وغيره وفى الهداية وعن محمد (لا بد من قطع اكثر كل واحد منها) اى من الاربعة (وهو رواية عن الامام) لان كل واحد منهما منفصل عن الآخر والامر ورد بقطعه فقام الاكثر مقام الكل (وعند ابى يوسف لا بد من قطع الحلقوم والمرئ) ولا يكتفى بواحد منهما (و) احد الودجين) لان كلا منهما مخالف للآخر ولا بد من قطعهما [illegible] الودجان فالمقصود [illegible] انهار [illegible] احدهما عن الآخر

وعند الشافعي قطع الودجين ليس بشرط وعند مالك لابد من قطع الكل (وقيل محمد معه) اى مع ابي يوسف وفي الهداية المشهور في كتب اصحابنا ان هذا قول ابي يوسف وحده وكون محمد معه رواية القدوري في مختصره (ويجوز الذبح بكل ما افرى الاوداج) اى قطع العروق واخرج ما فيها من الدم لان المراد من الاوداج ههنا كل الاربعة تغليبا (وانهر الدم) يعني اساله من نهر الماء في الارض سال (ولو) وصلية (مروة) بكسر الميم اى يجوز الذبح بها وهي حجر ابيض يذبح بها كالسكين (اوليطة) بكسر اللام وسكون الياء هي قشر القصب (اوسنا اوظفرا منزوعين) اذ بهما تحل الذبيحة مع الكراهة عندنا لقوله عليه السلام* انهر الاوداج بما شئت* ويروى* افر الاوداج بما شئت* (لا) تحل (بالقائمين) اى متصلين بموضعهما وعند الشافعي الذبيحة ميتة ولو كانا منزوعين لقوله عليه السلام* ما خلا الظفر والسن* واما السن فعظم واما الظفر فمدى الحبشة ونحن نحمله على غير المنزوع فانه الصادر من الحبشة (وندب احداد الشفرة قبل الاضجاع) لورود الاثر وان يضجع بالرفق وعلى اليسار ويوجه الى القبلة ويشد ثلاث قوائم فقط ويذبح باليمين ويسرع على الذبح واجراء الشفرة على الحلق (وكره بعده) اى بعد الاضجاع اشفاقا على المذبوح (وكذا) كره (جرها برجلها) اى الذبيحة (الى الذبح) ارفاقا لها (و النخع) بفتح النون وسكون الخاء المعجمة وهو ان يصل الى النخاع وهو خيط ابيض في جوف عظم الرقبة لزيادة الم بلا حاجة اليه وقيل ان يمد رأسها حتى يظهر مذبحها وقيل ان يكسر رقبتها قبل ان يسكن من الاضطراب (و) كره (قطع الرأس والسلخ قبل ان تبرد والذبح من القفا) اذ هو عذاب فوق العذاب (وتحل) الذبيحة لو ذبحها من القفا (ان بقيت حية حتى قطعت العروق) ليتحقق الموت بما هو ذكوة كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج (والا) اى وان لم تبق بل ماتت قبل قطع العروق (فلا يحل ولا تؤكل لوجود ما ليس بذكوة كما لو ماتت حتف انفها ولزم ذبح صيد استأنس) كالظبي اذا تألف في البيت فانه يذبح لامكانه (وجاز جرح نعم) بفتحتين مثل الغنم والابل والبقر (توحش) بان ندعن اهله ودخل في البادية وصار وحشيا لان الذكوة الاختيار تعذرت فيذكى الجرح في بدنه حيث اتفق كالصيد (او تردى) حيوان (في بئر اذا لم يمكن ذبحه) فانه يجرح ويؤكل اذا علم موته من الجرح والا وان اشكل ذلك اكل لان الظاهر ان الموت منه وكذا الدجاجة اذا تعلقت على شجرة وخيف موتها صارت ذكاتها الجرح ثم ان المصنف اطلق الجواب فيما توحش من الغنم وكذا فيما تردى وعن محمد ان الشاة اذا ندت في المصر لا تحل بالعقر وان ندت في الصحراء تحل بالعقر وفي الابل والبقر يتحقق العجز في المصر والصحراء فيحل بالعقر وقال مالك يلزم الذبح في الوجهين لا الجرح لان ذلك نادر ولا عبرة للنادر في الاحكام (ولا يحل الجنين بذكاة امه اشعر اولا) حتى لو نحر ناقة او ذبح بقرة اوشاة فخرج من بطنها جنين ميت لم تؤكل عند الامام وزفر وحسن بن زيادة لانه مستقل في حياته فيشترط فيه ذكوة استقلالية (وقالا يحل ان تم خلقه) لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة امه* وبه قالت الائمة الثلاثة

فصل

فيما يحل اكله وما لا يحل (ويحرم اكل كل ذي) اى صاحب (ناب) هو حيوان

ينتهب بالناب كالذئب من سبع هو كل جارح منتهب قاتل (او) يحرم كل ذي (مخلب) يخطب بالمخلب كالبازي من الطير فكان من شانهما الايذاء بالناب والمخلب وهو المؤثر في الحرمة وقوله (من سبع) بيان لقوله ذو ناب وقوله (او طير) بيان لقوله او مخلب والمراد من ذي ناب الذي يصيد بنابه ومن ذي مخلب الذي يصيد بمخلبه لا كل ذي ناب ومخلب فان الحمامة لها مخلب والبعير له ناب لما روى عن ابن عباس « نهى صلى الله عليه وسلم عن اكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير » (واو ضبعا او ثعلبا) لانهما من السباع فلا يؤكل لحمهما كالذئب والنمر والفهد والكلاب والسنور اهليا او بريا فيكون الحديث حجة على الائمة الثلاثة في اباحة اكلهما (و) يحرم اكل (الحمر الاهلية) لما روى ان النبي عليه السلام حرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر» بخلاف الوحشية فانها يحل اكلها وعند مالك يحل ايضا في الاهلية (والبغال) لانه متولد من الحمار وان كانت امه فرسا كان على الخلاف المعروف في لحوم الخيل وان كانت امه بقرة يؤكل بلا خلاف لان المعتبر في الحل والحرمة الام فيما تولد من مأكول وغير مأكول (و الفيل) لانه ذو ناب (والضب) لانه من السباع خلافا للائمة الثلاثة (واليربوع وابن عرس) يقال لها بالفارسي راسو لانهما من سباع الهوام خلافا للشافعي (والزنبور) لانه من المؤذيات (والسلحفاة) البرية والبحرية لانها من الخبائث (والحشرات) الصغار من الدواب جمع الحشرة كالفأرة والوزغة وسام ابرص والقنفذ والحية والضفدع والبرغوث والقمل والذباب والبعوض والقراد لانها من الخبائث وقد قال الله تعالى * ويحرم عليهم الخبائث وما روى من اباحة الضب محمول على الابتداء قبل تحريم الخبائث فالمؤثر في الحرمة الخبث الخلقي كما في الهوام او بعارض كما في الجلالة كبقرة تتبع النجس قيل الحكمة في حرمة هذه الحيوانات كرامة بني آدم كيلا يتعدى شيء من الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل وفي الخانية لا بأس بدود الزنبور قبل نفخ الروح فيه لان ما لا روح له يسمى ميتة واعلم ان الحشرات محرمة عندنا حلال مكروه عند غيرنا وان شاة لو حملت من كلب ورأس ولدها رأس الكلب اكل الا رأسه ان اكل العلف دون اللحم او صاح صياح الغنم لا الكلب او اتى بالصوتين وكان له الكرش لا الامعاء كما في القهستاني (ويكره الغراب الابقع) الذي يأكل الجيف (والغداف) بضم الغين المعجمة والدال المهملة وفي آخره فاء نوع من الغراب لاكلهما الجيف (والرخم) جمع رخمة وهو طير ابلق يشبه النسر في الخلقة (والبغاث) وهو طائر صغير يشبه العصفور لانهما يأكلان الجيف (و) يكره اكل لحم (الخيل تحريما) اي كراهة تحريم عند الامام (في الاصح) كما في الخلاصة والهداية وهو الصحيح كما في المحيط وغيره وهو قول ابن عباس وبه قال مالك لانه عليه السلام نهى عن لحم الخيل والبغال والحمير كما في الكرماني وغيره وحكي عن عبد الرحيم الكرميني انه قال كنت مترددا في هذه المسئلة فرأيت ابا حنيفة في المنام يقول لي « كراهة تحريم يا عبد الرحيم * وقيل انه رجع قبل موته بثلاثة ايام عن حرمة لحمه وعليه الفتوى كما في كفاية البيهقي ثم انه مكروه كراهة تنزيه في ظاهر الرواية وهو الصحيح على ما ذكره فخر الاسلام وغيره (وعندهما) والشافعي

واحد (لايكره) لحم (الخيل٤) لحديث جابر انه قال * زان فى لحم الخيل يوم خيبر * (وحل العقعق) لانه يخلط فى اكله فاشبه الدجاج وعن ابى يوسف انه يكره لان غالب ما كوله الجيف والاول اصح (وغراب الزرع) لانه يأكل الحب وليس من سباع الطير ولا من الخبائث فحاصله ان الغراب ثلاثة انواع نوع يأكل الحب فقط وهو ليس بمكروه ونوع يأكل الجيف فقط وهو مكروه ونوع يأكل الحب مرة والجيف اخرى وهو غير مكروه عند الامام ومكروه عند ابى يوسف (والارنب) لانه عليه السلام امر اصحابه ان يأكلوه حين اهدى اليه مشويا وكذا الوبر كما فى شرح الكنز للعينى وفى النهاية وذكر فى بعض المواضع ان الخفاش يؤكل وذكر فى بعضها لايؤكل لان له نابا (ولايؤكل من حيوان الماء) وهو الذى يكون مثواه وعيشه فى الماء عندنا لقوله تعالى « ويحرم عليهم الخبائث » الا السمك بانواعه غير الطافى وقال مالك وجماعة باطلاق جميع ما فى البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعى انه اطلق ذلك كله والخلاف فى الاكل والبيع واحد * لهم قوله تعالى * احل لكم صيد البحر * من غير فصل وقوله عليه فى البحر * هو الطهور ماؤه والحل ميتته * ولانه لادم فى هذه الاشياء اذ الدموى لايسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى « ويحرم عليهم الخبائث » وماسوى السمك خبيث ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لايحل والميتة المذكورة فيما روى محمول على السمك وهو حلال مستثنى عن ذلك لقوله عليه احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال (كالجريث) بكسر الجيم وتشديد الراء نوع من السمك غير المار ماهى (والمار ماهى) وانما افردهما بالذكر لمكان الخفاء فى كونهما من جنس السمك ولمكان الخلاف فيهما لمحمد ذكره صاحب المغرب وماقيل ان الجريث كان ديوثا يدعو الناس الى حليلته فمسخ الله به فممنوع لان الممسوخ لانسل له ولايبقى باقيا بعد ثلاثة ايام وان المار ماهى متولد من الحية ليس بواقع بل هو جنس شبيه بها صورة (ولايؤكل الطافى منه) هو السمك الذى يموت فى الماء حتف انفه بلاسبب ثم يعلو ويظهر حتى اذا انحسر عنه الماء يجوز اكله لقوله عليه السلام ما انحسر عنه الماء فكل وروى عن محمد انه اذا انحسر الماء عن بعضه فان كان رأسه فى الماء فانه لايؤكل وان كان ذنبه فى الماء فانه يؤكل اذ هذا سبب لموته * وفى الفتاوى الصغرى اذا وجد السمك ميتا على الماء وبطنه من فوق لم يؤكل لانه طاف وان كان ظهره من فوق اكل لانه ليس بطاف وقال الشافعى ومالك لابأس به لاطلاق ماروينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ماروى جابر عن النبى انه قال « ما انصب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفى فلاتأكلوا » (وان مات بحر او برد) او فى كدر الماء (ففيه روايتان) فى رواية يؤكل لوجود السبب بموتها وفى المنح وقال محمد يحل اكله وبه اخذ ابو الليث وعليه الفتوى وفى اخرى لالان الماء لايقتل السمك حارا او باردا وبه اخذ السرخسى وفى الدرر وان ضرب سمكة فقطع بعضها يحل اكل ما ابين وما بقى لان موته بسبب وما ابين من الحى وان كان ميتا فميتته حلال

٤ وفى النهاية * فان قلت ما جواب الامام عما تمسكا بسؤره وبوله واما على ظاهر الرواية فالفرس كالآدمى من وجه من حيث انه يحصل به اذهاب العدو ويستحق السهم من الغنيمة والآدمى غير مأكول اللحم لكرامته وسؤره طاهر فكذا سؤر الفرس وهذا الطريق يدل على ان الكراهة فيه للتنزيه * واما بوله وانما يجعل كبول ما يؤكل لحمه لمعنى البلوى فيه وللبلوى تأثير فى تخفيف حكم النجاسة * واما لبنه فقد قيل لابأس به لانه ليس فى شربه تقليل آلة الجهاد * منه

(الحديث)

للحديث وكذا ان وجد فى بطنها سمكة اخرى لان ضيق المكان سبب لموتها وكذا ان قتلها شئ من طير الماء او ماتت فى جب ماء او جمعها فى حظيرة لا يستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذها بغير صيد فتن فيها لان ضيق المكان سبب لموتها واذا ماتت فى الشبكة وهى لا تقدر على التخلص منها او اكل شيأ القاه فى الماء ليأكله فماتت منه او ربطها فى الماء فماتت او انجمد الماء فبقيت بين الجمد فماتت يؤكل وفى المنح اذا رمى صيدا فقطع عضوا اكل الصيد دون العضو ولو قطعه نصفين اكلاه (ويحل هو) اى السمك (والجراد بلا ذكوة) لما رويناه لكن بينهما فرق وهو ان الجراد يؤكل وان ماتت حتف انفه بخلاف السمك وعند مالك لا بد من موت الجراد من سبب وبه قال احمد فى رواية وعن مالك يعتبر قطع رأسه ويشويه (ولو ذبح شاة لم تعلم حياتها فتحركت او خرج منها) اى من الشاة (دم) من غير تحرك (حلت) اكلها لان الحركة وخروج الدم لا يكونان الا من الحى وذكر محمد بن مقاتل ان خرج الدم ولم تتحرك لا تحل (والا) اى ان لم تتحرك اولم يخرج الدم (فلا) تحل ان لم يعلم حياته وقت الذبح (وان علمت) حياته وقت الذبح (حلت مطلقا) اى على كل حال قال العينى فى شرح الكنز ولو ذبح شاة مريضة لم تتحرك منها الا فوها قال محمد بن سلمة ان فتحت فاها لا تؤكل وان فتحت عينيها تؤكل وان مدت رجلها لا تؤكل وان قبضت رجلها اكلت وان نام شعرها لا تؤكل وان قام شعرها اكلت وفى التنوير سمكة فى سمكة فان كانت المظروفة صحيحة حلتا والا حل الظرف لا المظروف

كتاب الاضحية

عقب به الذبائح كالمقدمة له اذ بها تعرف التضحية اى الذبح من ايام الاضحى وهى افعولة وكان اصله اضحوية اجتمعت الواو والياء وسبقت احديهما بالسكون فقلبت الواو ياء وادغمت فى الياء وكسرت الحاء لثبات الياء وبجمع على اضاحى بتشديد الياء قال الاصمعى وفيها اربع لغات اضحية بضم الهمزة وبكسرها واضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة يجمع على ضحايا كهدية على هدايا وضحاة وجمعه اضحى كارطاة وارطى وقال الفراء الاضحى يذكر ويؤنث وفى الشرع هى ذبح حيوان مخصوص بنية القربة فى وقت مخصوص وهو يوم الاضحى وشرائطها الاسلام واليسار الذى يتعلق به صدقة الفطر فيجب على الانثى وسببها الوقت هو ايام النحر وركنها ذبح ما يجوز ذبحها وحكمها الخروج من عهدة الواجب فى الدنيا والوصول الى الثواب فى العقبى (هى) اى الاضحية (واجبة وعن ابى يوسف سنة) مؤكدة وهو قول الشافعى واحمد (وقيل هو) اى كونها سنة (قولهما) يعنى ذكر الطحاوى انها واجبة عند الامام سنة عندهما ووجه الوجوب قوله عليه السلام * من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا * هذا وعيد يلحق بترك الواجب ووجه السنة قوله صلى الله عليه وسلم * من اراد ان يضحى منكم شاة فلا يأخذ من شعره واظفاره شيأ * اذ التعليق بالارادة ينافى الوجوب لكن المراد من الارادة القصد الذى هو ضد السهو لا التخيير لانه لا تخيير بين الاداء والترك فكانه صرح به وقال من قصد منكم ان يضحى * وهذا لا يدل على نفى الوجوب فصار هذا نظير قوله عليه السلام * من اراد منكم الجمعة فليغتسل * لم يرد التخيير هنالك فكذا هنا وانما تجب التضحية دون الاضحية

لما تقرر من ان الوجوب من صفات الفعل الا ان القدوري ومن تبعه قال ذلك توسعة ومجاز او المراد بالوجوب الوجوب العملي لا الاعتقادي حتى لا يكفر جاحدها كما في المنح (وانما تجب على حر) فلا تجب على العبد (مسلم) فلا تجب على الكافر (مقيم) فلا تجب على المسافر اقول على رضي الله عنه * ليس على مسافر جمعة ولا اضحية » وعن مالك لا يشترط الاقامة ويستوى فيه المقيم بالمصر والقرى والبوادي (موسر) لان العبادة لا تجب الا على القادر وهو الغني دون الفقير ومقداره ما تجب فيه صدقة الفطر وقوله (عن نفسه) يتعلق بقوله تجب لانه اصل في الوجوب عليه (لا عن طفله) اى اولاده الصغار في ظاهر الرواية لكونها قربة محضة فلا تجب على الغير بسبب الغير (وقيل) اى في رواية الحسن عن الامام (يجب عنه) اى عن الطفل (ايضا) اى كنفسه لكونها قربة مالية والطفل في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر ٥ (وقيل يضحى عنه) اى عن الطفل (ابوه او وصيه من ماله) ان كان له مال (فيطعم) الطفل (منها ما امكن) الاطعام بقدر الحاجة (ويستبدل بالباقي ما ينتفع به مع بقائه) كالثوب والخف فلا يستبدل بما ينتفع به بالاستهلاك كالخبز والادام لان الواجب هو اراقة الدم فالتصدق باللحم تبرع وهو لا يجرى في مال الصبي فينبغي ان يطعم الطفل ويدخر له ويستبدل الباقي بالاشياء التي ينتفع الطفل بها مع بقاء اعيانها اعتبار بالجلد الاضحية وفي الهداية وان كان للصغير مال يضحى عنه ابوه او وصيه من ماله عند الشيخين وقال محمد وزفر والشافعي من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير في قولهم جميعا لما قررناه قبيله والاصح ان يضحى من ماله يأكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه (وهى) اى الاضحية (شاة) تجوز من فرد فقط (او بدنة) تجوز من واحد ايضا (او سبع) بضم السين بمعنى واحد من السبع (او بدنة) بيان للقدر الواجب والقياس ان لا تجوز البدنة الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهى القربة والقربة لا تتجزى الا انا تركناه بالاثر وهو ماروى عن جابر انه قال « نحرنا مع رسول الله البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة » ولا نص في الشاة فيبقى على اصل القياس ثم اراد تفسير قوله او سبع بدنة فقال (بان اشترك) المضحى (مع ستة في بقرة او بعير وكل) واحد منهم (يريد القربة وهو) اى كل واحد منهم (من اهلها) اى اهل القربة بكونهم مسلمين (ولم ينقص نصيب احدهم من سبع) ثم فرعه فقال (فلو اراد احدهم بنصيبه اللحم او كان كافرا او نصيبه) اى نصيب احدهم (اقل من سبع لا يجوز عن واحد منهم) لما مر ان وصف القربة لا يتجزى حتى اذا مات رجل وترك امرأة وابنا وبقرة فضحياها يوم العيد لا يجوز في نصيب المرأة لانه اقل من السبع وكذا لا يجوز في نصيب الابن لانعدام وصف القربة في البعض وقال مالك تجوز البدنة عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولا يجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها (ويجوز اشتراك اقل من سبعة ولو) كانت البدنة بين (اثنين) نصفين في الاصح قال العيني في شرح الكنز وتجوز عن ستة او خمسة او اربعة او ثلاثة ذكره

٥ واجيب عنه ان صدقة الفطر رأس يمونه ويلي عليه وكل منهما موجود في الطفل بخلاف الاضحية لان سببها وشرطها اليسار في وقتها منه

محمد فى الاصل لانه لما جاز عن السبعة فممن دونه اولى ولا تجوز عن ثمانية لعدم النقل فيه (ويقسم لحمها) اى اذا جاز على الشركة فيقسم اللحم (وزنا) بين الشركاء لانه موزون (لا جزافا) لان فى القسمة معنى التمليك فلا يجوز جزافا عند وجود الجنس والوزن ولا يجوز التحليل لانه فى معنى الهبة وهبة المشاع فيما يقسم لا يجوز (الا اذا خلط) وضم (به) اى باللحم (من اكارعه او جلده) اى يكون فى كل جانب شئ من اللحم ومن الاكارع او يكون فى كل جانب شئ من اللحم وبعض الجلد او يكون فى جانب لحم واكارع وفى آخر لحم وجلد فحينئذ يجوز صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما فى الدرر (ولو شرى بدنة للاضحية ثم اشرك فيها ستة جاز استحسانا) وفى القياس لا يجوز وهو قول زفر ورواية عن الامام لانه اعدها للقربة فلا يجوز بيعها وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة ولا يجد الشريك وقت الشراء فمست الحاجة الى هذا (والاشتراك قبل الشراء احب) اذ به بعد عن الخلاف ويسلم عن الرجوع فى القربة وروى عن الامام كراهة الاشتراك بعده (واول وقتها) اى اول وقت تضحية الاضحية (بعد فجر النحر) لكن (لا تذبح فى المصر قبل صلاة العيد) لقوله عليه السلام * من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته * وهذا الشرط لمن تجب عليه صلاة العيد ويذبح غير المصرى كاهل القرى قبل الصلاة * ومن هنا ظهر ان وقت التضحيه فى حق البعض الذى لا تجب عليه صلاة العيد من طلوع فجر يوم النحر لانعدام المانع وهو الاشتغال بالصلاة وفى حق البعض يعتبر بعد ان يصلى الامام صلاة العيد الواجبة وعند مالك واحمد اهل المصر لا يذبحون قبل ذبح الامام ايضا وعند الشافعى صح قبل الصلاة لو مضى من الوقت قدر ما يصلى ركعتين مع خطبتين (وآخره) اى آخر وقتها (قبل غروب) الشمس فى (اليوم الثالث) عندنا لما روى عن عمر وعلى وابن عباس رضى الله عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلاثة افضلها اولها * وقد قالوه سماعا لان الرأى لا يهتدى الى المقادير وعند الشافعى اربعة لقوله عليه السلام * ايام التشريق كلها ايام ذبح * قلنا اذا كان فى الاخبار تعارض فالاخذ بالمتيقن اولى ثم المعتبر فى ذلك مكان الاضحية حتى لو كان فى السواد والمضحى فى المصر يجوز من انشقاق الفجر وعلى عكسه لا يجوز الا بعد الصلاة وحيلة المصرى اذا اراد التعجيل ان يخرج بها الى خارج المصر فيضحى بها كما طلع الفجر اعتبارا بالزكوة بخلاف صدقة الفطر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزأه استحسانا والمعتبر هى الصلاة دون الخطبة (واعتبر آخره) اى آخر وقتها (للفقير وضده والولادة والموت) فلو كان غنيا فى اول الايام فقيرا فى آخرها لا تجب عليه وفى العكس تجب وان ولد فى اليوم الاخير تجب عليه وان مات فيه لا تجب عليه فتبين ان الامام صلى بغير طهارة تعاد الصلاة دون التضحية كما لو شهدوا انه يوم العيد عند الامام يصلى بالناس العيد ثم ضحوا ثم بان انه يوم عرفة اجزأهم الصلاة والتضحية كما فى التنوير ولو وقعت فى البلد فتنة ولم يبق فيها وال ليصلى بهم العيد فضحوا بعد طلوع الفجر اجزأهم كما فى المنح (واولها) اى اول ايام النحر (افضلها) لما بيناه آنفا (وكره

الذبح ليلا) وان جاز لاحتمال الغلط فى ظلمة الليل وفى المنح الظاهر ان هذه الكراهة للتنزيه ومرجعها الى خلاف الاولى اذ احتمال الغلط لايصلح دليلا على كراهة التحريم التى نسبتها الى الحرام كنسبة الواجب الى الفرض (فان فات وقتها قبل ذبحها) اى ولو لم يضح ما اوجب على نفسه بان عين شاة فى ملكه وقال لله على ان اضحى بهذه الشاة (لزم التصدق بعين المنذورة حية) سواء كان ذلك الموجب فقيرا او غنيا ولو نذر ان يضحى ولم يسم شيأ يقع على الشاة ولا يأكل الناذر منها ولو اكل فعليه قيمة اكله لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق ان يأكل من صدقته (وكذا) اى لزم التصدق بعين المنذورة حية (ماشراها فقير للتضحية) لان الفقير انما تجب عليه اذا شراها بنية التضحية فيتعلق بالمحل (والغنى يتصدق بقيمتها شراها) اى الشاة (اولا) لان الواجب يتعلق بذمته (وانما يجزئ فيها) اى فى الاضحية (الجذع من ٦الضأن) الجذع شاة تمت لها ستة اشهر عند الفقهاء اذا كانت عظيمة لقوله عليه السلام * لاتذبحوا الا مسنة الا ان يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن * وعند اهل اللغة ماتمت له سنة وذكر الزعفرانى انه ابن سبعة اشهر وعن الزهرى من المعز لسنة ومن الضأن لثمانية اشهر (والثنى فصاعدا من الجميع) وهو ابن خمس من الابل وحولين من البقر والجاموس وحول من الشاة والمعز لانه عرف بالنص على خلاف القياس فيقتصر عليها والمولود بين الاهلى والوحشى يتبع الام لانها هى الاصل فى التبعية فيجوز بالبغل الذى امه بقرة وبالظبى الذى امه شاة (ويجوز الجماء) بتشديد الميم وهى التى لاقرن لها بالخلقة اذ لايتعلق به المقصود وكذا مكسور القرن بل اولى لما قلنا (والخصى) وعن الامام ان الخصى اولى لان لحمه اطيب (والثولاء) وهى المجنونة اذا لم يمنعها من السوم والرعى لان هذا لايخل بالمقصود وان منعها من ذلك لاتجوز اذ يخل (والجرباء السمينة) ولم يتلف جلدها لان الجرب فى الجلد ولانقصان فى اللحم وانما قيدنا بالسمينة لانها اذا كانت مهزولة لاتجوز لان الجرب اذا كان فى اللحم انتقص (لا) تجوز (العمياء) وهى الذاهبة العينين (و٧العوراء) وهى الذاهبة احد العينين (والعجفاء) اى المهزولة (التى لاتنقى) اى يبلغ عجفها الى حد لايكون فى عظمها مخ والعرجاء التى لاتمشى الى (المنسك) اى المذبح لورود النهى عنهن (و) لاتجوز (مقطوعة اليد او الرجل) لنقصانه (وذاهبة ٨ اكثر العين او) اكثر (الاذن) لقول على رضى الله عنه * امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نستشرف العين والاذن وان لانضحى بمقابلة ولا مدابرة ولا شرقاء ولا خرقاء * (او) اكثر (الذنب) لانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن (او) اكثر (الالية) وانما قيد الذهاب بالاكثر لانه ان بقى الاكثر من العين والاذن والذنب ونحوها جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا وفى المنح واختاره ابو الليث وعليه الفتوى (وفى ذهاب النصف روايتان) عن الامام وكذا عنهما لما فى الهداية وفى كون النصف مانعا روايتان عنهما كما فى انكشاف العضو عن ابى يوسف (ويجوز ان ذهب اقل منه) اى من النصف (وقيل ان ذهب اكثر من الثلث لايجوز) قال ابن الشيخ

٦ والضأن جمع ضائن وهو مايكون من ذات صوف والية ولايجوز الجذع من المعز وهو ذو شعر وذنب * منه

٧ قوله عليه السلام * لايجزئ فى الضحايا اربعة العوراء البين عورها والمريضة البين مرضها والعرجاء البين ضلعها والكبيرة التى لاتنقى * منه

٨ المقابلة قطع من مقدم اذنها والمدابرة قطع من مؤخرها والشرقاء ان يكون الخرق فى اذنها طولا والخرقاء ان يكون عرضا * منه

في شرح الوقاية في ظاهر الرواية عن الامام لان الثلث قليل ولذا نفذ فيه الوصية بخلاف ما زاد عليه لكونه اكثر (وقيل ان ذهب الثلث لا يجوز) لقوله عليه السلام في حديث وصية الثلث «والثلث كثير» وفي رواية عنه «الربع» وفي القهستاني ان كل عيب مانع لها ان كان اكثر من الصنف لا يجوز بالاجماع وان كان اقل منه يجوز بالاجماع وطريق معرفة ذهاب العين ان تشد العين المعلولة بعد ان كانت جائعة فيقرب اليها العلف فينظر اليها من اي مكان رأت العلف ثم تشد العين الصحيحة ويقرب العلف فينظر الى تفاوت ما بين المكانين فان كان ثلث فقد ذهب الثلث وهكذا * وفي القهستاني ولا يجمع ما ذهب من الاذنين على ما قال ابو علي الرازي وقال ابن السماعة انه يجمع وفي شرح الكنز للعيني «ولا يجوز الهتماء وهي التي لا اسنان لها ولا السكاء وهي التي لا اذن لها خلقة وان كان صغيرا يجوز ولا الجلالة وهي تأكل العذرة ولا تأكل غيرها ولا الجذاء وهي المقطوعة ضرعها ولا المصرمة وهي التي لا تستطيع ان ترضع فصيلها ولا الجداء وهي التي يبس ضرعها» وفي الهداية وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان فقيراً يجزيه بهذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء فلم يتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكاة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على موسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احديهما وعلى الفقير ذبحهما (ولا يضر تعيبها من اضطرابها عند الذبح) وفي الهداية ولو اضجعها فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزأه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي لان حالة الذبح ومقدماته ملحق بالذبح فكأنه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لابي يوسف لانه حصل بمقدمات الذبح (وان مات احد سبعة) الذين شاركوا في البدنة (وقال ورثته) وهم كبار (اذبحوها) اي البدنة (عنكم وعنه) اي عن الميت (صح) ذبحها استحسانا عن الجميع لوجود قصد القربة من الكل والتضحية عن الغير عرفت قربة لانه عليه السلام ضحى عن امته والقياس ان لا يصح وهو رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره (وكذا) صح (لو ذبح بدنة عن اضحية ومتعة وقران) مع اختلاف جهات قربتهم عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وفي التنوير وان كان شريك الستة نصرانيا او مريدا اللحم لم يجز عن واحد منهم (ويأكل من لحم اضحيته ويطعم من شاء من غني وفقير) لما روي انه عليه السلام نهى عن اكل لحوم الضحايا بعد ثلاث ثم قال «كلوا وتزودوا وادخروا» والنصوص كثيرة وعليه اجماع الامة (وندب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث) لان الجهات ثلاث الاكل والادخار والتصدق وهذا لا ينافي استحباب التصدق بما فوقه كالنصف مثلا (وتركه) اي وندب ترك التصدق (لذي عيال توسعة عليهم) اي على العيال (وندب) (ان يذبح بيده ان احسن) الذبح لكونه عبادة (والا) اي ان لم يحسنه (يأمر غيره) بالذبح كيلا

«وفي المنح وعن ابي يوسف روايتان احدهما انه اعتبر الاسنان بالاذن فقال ان بقي من الاسنان اكثرها اجزئت وان ذهب اكثرها لم يجز وفي الاخرى اذا بقي منها ما تعتلف به اجزأه لحصول المقصود منه

بجعلها ميتة (ويحضرها) لقوله عليه السلام لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب» (ويكره ان يذبحها كتابي) لانه قربة وليس هو من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذبح بخلاف المجوسي (ويتصدق بجلدها) لكونه جزأ منها (او يعمله آلة كجراب او خف او فرو) لان الانتفاع به ليس بحرام (او يشتري به) اي بالجلد (ما ينتفع به مع بقائه) اي بقاء ما ينتفع به استحسانا (كغربال ونحوه) لان للبدل حكم المبدل (لا ما يستهلك) اي لا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك (كخل وشبهه) ولا يبيعه بالدراهم لينفق الدراهم على نفسه وعياله والمعنى انه لا يتصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح حتى لا يبيعه بما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك (فان بدل اللحم او الجلد به) اي بما ينتفع بالاستهلاك جاز و(تصدق به) لانتقال القربة الى البدل وقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم هذا قول الامام وعن ابي يوسف بيع الاضحية او جلدها او لحمها باطل لانه بمنزلة الوقف وفي التنوير ولا يعطي اجر الجزار منها ويكره جز صوفها قبل الذبح لينتفع به بخلاف ما بعده ويكره الانتفاع بلبنها قبله (ولو ذبح اضحية غيره بغير امره جاز) استحسانا ولا ضمان على الذابح ولا يجوز قياسا وهو قول زفر لانه ذبح شاة غيره بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب واذا ضمن لا يجزيه عن الاضحية وجه الاستحسان انه لما اشتراها للاضحية فقد تعينت للذبح اضحيته حتى وجب عليه ان يضحي بها فصار مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح اذ نا له دلالة لانه ربما يعجز عن اقامتها لعارض يعرض له فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها ليذبحها وان كان تفوته المباشرة وحضورها لكن يحصل له تعجيل البر وحصول مقصوده بالتضحية بما عينه فيرضى به ظاهرا وفي شرح المجمع ولو ذبح الراعي والاجنبي شاة لا يرجى حياتها لا يضمن وقال الصدر الشهيد يضمن (ولو غلط اثنان فذبح كل شاة الآخر صح ولا ضمان) استحسانا ولا يصح قياسا ويضمن كل واحد منهما لصاحبه لما مر قبله (ويتحالان) يعني يأخذ كل واحد منهما اضحيته ان كانت باقية ولا يضمنه لانه وكيله وان كانت مأكولة يحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهم لانه لو اطعمه الكل في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحل له في الانتهاء (وان تشاحا) اي تنازعا بان اضحيتي اعظم واسمن ولم يرضيا (ضمن كل) واحد منهما (صاحبه قيمة لحمه) لان التضحية لما وقعت لصاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره ضمنه (وتصدق بها) اي بتلك القيمة لانه بدل لحم الاضحية (وصحت التضحية بشاة الغصب دون شاة الوديعة وضمنها) لان في الغصب يثبت الملك من وقت الغصب فكانت التضحية واردة على ملكه ولكن يأثم خلافا لزفر وفي الوديعة يصير غاصبا بالذبح فيقع الذبح في غير الملك فلم يثبت الملك الا بعد الذبح فكانت الاضحية واردة على غير الملك كما في اكثر المعتبرات * قال صدر الشريعة يصير غاصبا بمقدمات الذبح كالاضجاع وشد الرجل فيكون غاصبا قبل الذبح * وقال صاحب الدرر حقيقة الغصب كما تقرر في موضعه ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة وغاية

مايوجد في الاضجاع وشد الرجل اثبات اليد المبطلة ولا يحصل به ازالة اليد المحقة وانما يحصل ذلك بالذبح كما ذهب اليه الجمهور اه* لكن الظاهر تحقق ازالة اليد المحقة بالاضجاع وشد الرجل للذبح فانهما ليسا من احكام الوديعة ولا من شان المودع تأمل

كتاب الكراهية

اورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة منهما لم تخل من اصل وفرع ترد فيه الكراهية الا يرى ان في وقت الاضحية من ليالي ايام النحر وفي التصرف في الاضحية بجز الصوف وحلب اللبن كما تقدم الكلام فيه وفي اقامة غيره مقامه كيف تحققت الكراهة فناسب ذكر الكراهية بعدها هي ضد الارادة والرضاء في اللغة وانما لقبه بها وفيه غير المكروه لان بيان المكروه اهم لوجود الاحتراز عنه ولقبه القدوري بالحظر والاباحة وهو حسن لان الحظر المنع والاباحة الاطلاق وفيه بيان ما اباحه الشرع وما منعه ولقبه بعضهم بالاستحسان لان فيه بيان ما حسنه الشرع وقبحه وبعضهم بكتاب الزهد والورع لان كثيرا من مسائله اطلقه الشرع والزهد والورع تركها وفي الشرع (المكروه) كراهة تحريم (الى الحرام اقرب) عند الشيخين لتعارض الادلة فيه وتغليب جانب الحرمة فيه فيلزمه تركه وتكلموا في المكروه والصحيح ما قاله الشيخان كما في جواهر الفتاوى (وعند محمد كل مكروه حرام) ما لم يقم دليل على خلافه (ولم يلفظ به) اي لم يطلق عليه لفظ الحرام في كتبه (لعدم) الدليل (القاطع) بل كتب بالكراهة فتركه واجب كما في الحرام فالحرام ما منع عنه بدليل قطعي وتركه فرض كشرب الخمر والمكروه ما منع بظني وتركه واجب كاكل الضب فنسبة المكروه الى الحرام كنسبة الواجب الى الفرض قال ابن الساعاتي في بحث الحكم وهو ان كان طلبا لفعل ينتهض تركه في جميع وقته سببا لاستحقاق العقاب فوجوب او لفعل ينتهض فعله خاصة للثواب فندب وخاصة يفيد ان الترك لا يترتب عليه شيء او الترك يصير فعله سببا لاستحقاق العقاب فتحريم او الترك يصير تركه خاصة للثواب فكراهة وان لم يكن طلبا فان كان تخييرا فاباحة والا فوضعي ١١ وقد علم بذلك حدودها واعلم ان الكراهة على قسمين كراهة تحريم وكراهة تنزيه فمشايخنا تارة يقيدونها وتارة يطلقونها فاما المقيدة فلا كلام فيها والمطلقة فتحمل على التحريم

فصل

في بيان احوال (الاكل منه) اي بعض الاكل وكذا الشرب (فرض وهو ما يندفع به الهلاك) وفي تركه القاء النفس في التهلكة فان هلك فقد عصى وبه يتمكن من اداء الفرائض ويوجر على ذلك قال عليه السلام* ان الله تعالى ليوجر في كل شيء حتى اللقمة يرفعها العبد الى فيه*(و) بعضه (مندوب وهو ما زاد) على ما يندفع به الهلاك (ليتمكن من الصلاة قائما ويسهل عليه الصوم) لان الاشتغال بما يتقوى به على الطاعة طاعة وسئل ابو ذر عن افضل الاعمال فقال * الصلوة واكل الخبز * (و) بعضه (مباح) اي لا اجر فيه ولا وزر (وهو ما زاد) منتهيا (الى الشبع لزيادة قوة البدن) وفي القهستاني لو اكل للسمن كره على ما قال ابن مقاتل وعن ابي مطيع لا بأس باكلها خبزا مكسورا في الماء البارد للسمن ولا شيء على من رزق بطنا عظيما خلقة له

١١ الكراهية على نوعين كراهية تحريم وكراهية تنزيه قال في جواهر الفتاوى نظرا الى الاصل فان كان الاصل في حقه اثبات الحرمة وانما اسقطنا حرمته لعارض ينظر الى العارض ان كان مما تعم به البلوى وكانت الضرورة قائمة في حق العامة تبقى الكراهة للتنزيه وان لم تبلغ الضرورة هذا المبلغ تبقى الكراهة للتحريم نظرا الى الاصل وعلى العكس ان كان الاصل الاباحة نظرا الى العارض فان غلب على الظن وجود المحرم فالكراهة للتحريم والا فالكراهة للتنزيه كما في المنح * منه

من غير ان يتعمد السمن ولو اكل الوان الطعام ثم تقيأ فوجد نافعا لا بأس به لانه علاج (و) بعضه (حرام وهو الزائد عليه) اى على الشبع لانه اضاعة المال وامراض للنفس ولانه تبذير واسراف قال عليه السلام «لا خير فى الشبع ولا فى الجوع خير الامور اوساطها» (الا القصد التقوى على صوم الغد) لان فيه فائدة (او لئلا يستحيى الضيف) لانه اذا امسك والضيف لم يشبع ربما استحيى فلا يأكل حياء او خجلا فلا بأس باكله فوق الشبع لئلا يكون ممن اساء القرى وهو مذموم عقلا وشرعا (ولا يجوز الرياضة بتقليل الاكل حتى يضعف عن اداء العبادة) قال عليه السلام «ان نفسك مطيتك فارفق بها» وليس من الرفق ان تجيعها وتذيبها ولان ترك العبادة لا يجوز فكذا ما يفضى اليه واما تجويع النفس على وجه لا يعجز عن اداء العبادات فهو مباح كما فى الاختيار (ومن امتنع من الميتة حال المخمصة او صام ولم يأكل حتى مات اثم) لانه اتلف نفسه لما بينا انه لا بقاء له الا بالاكل والميتة حال المخمصة اما حلال او مرفوع الاثم فلا يجوز الامتناع عنه اذا تعين لاحياء النفس وروى ذلك عن مسروق وجماعة من العلماء والتابعين واذا كان يأثم بترك الميتة فما ظنك لترك الذبيحة وغيرها من الحلالات حتى يموت جوعا كما فى الاختيار وفى البزازية خاف الموت جوعا او عطشا ومع رفيقه طعام او ماء اخذ بالقيمة منه قدر ما يسد جوعته او عطشه فان امتنع قاتل بلا سلاح وان الرفيق يخاف الموت جوعا او عطشا ايضا ترك له البعض (بخلاف من امتنع من التداوى حتى مات) فانه لا يأثم لانه لا يقين بان هذا الدواء يشفيه ولعله يصح من غير علاج كما فى الاختيار (ولا بأس بالتفكه بانواع الفواكه) لقوله تعالى «كلوا من طيبات ما رزقناكم» (وتركه افضل) لئلا تنقص درجته (واتخاذ) الوان (الاطعمة سرف) دال عليه قوله تعالى «اذهبتم طيباتكم فى حياتكم الدنيا» (وكذا) سرف (وضع الخبز على المائدة اكثر من قدر الحاجة) وفى المحيط من السرف الاكثار فى الوان الطعام فانه منهى الا اذا قصد قوة الطاعة او دعوة الاضياف قوما بعد قوم حتى يأتوا على آخره لان فيه فائدة ومن السرف ان يأكل وسط الخبز ويدع جوانبه وترك اللقمة الساقطة من المائدة بل يرفعها او لا ويأكلها قبل غيرها ولا يأكل طعاما حارا ولا يشم ويكره اكل الترياق ان كان فيه شئ من الحيات وكذا معالجة الجراحة بعظم انسان او خنزير لانها محرم الانتفاع وفى البزازية وضع العجين على الجرح ان علم فيه شفاء لا بأس به وللذى يرعف ولا يرقأ ان يكتب شيأ من القرآن على جبهته ولو بالبول او على جلد ميتة ان فيه شفاء (ومسح الاصابع او السكين بالخبز ووضع المملحة عليه) اى على الخبز (مكروه) لا الملح وكذا وضع الخبز تحت القصعة لان فيه اهانة الخبز وقد امرنا باكرامه وفى الزاهدى اختلفوا فى جواز وضع القصعة على الخبز ومسح اليد بالخبز واكله بعده وفى البزازية ولا يعلق الخبز بالخوان بل يوضع بحيث لا يعلق ولا يكره قطع اللحم والخبز بالسكين (وسنة الاكل البسملة فى اوله والحمدلة فى آخره) فان نسى البسملة فليقل اذا ذكر بسم الله على اوله وآخره بجميع ذلك ورد الاثر وهو شكر المؤمن اذا رزق قال عليه السلام «ان الله يرضى عن عبده المؤمن اذا قدم اليه طعام

ان يسمى الله فى اوله ويحمد الله فى آخره» (وغسل اليدين قبله) اى قبل الطعام (وبعده) قال النبي عليه السلام «الوضوء قبل الطعام ينفي الفقر وبعده ينفي اللمم» والوضوء هنا غسل اليدين (ويبدأ بالشباب قبله) اى قبل الاكل لئلا ينتظر اليهم الشيوخ (وبالشيوخ بعده) وهو ادب لما فيه اكرام لهم فلا يمسح يده قبل الطعام بالمنديل ليكون اثر الغسل باقيا وقت الاكل ويمسحها بعده ليزول اثر الطعام بالكلية (ولا يحل شرب لبن الاتان) بالفتح هى انثى الحمر الاهلية لكون اللبن متولدا من اللحم فيأخذ حكمه ولا يأكل الجلالة ولا يشرب لبنها لانه عليه السلام نهى عن اكلها وشرب لبنها * وفى التنوير ولو سقى ما يؤكل لحمه خمرا فذبح من ساعته حل اكله ويكره (ولا يحل (بول ابل) للاختلاف اذ عند الامام حرام لكون الاصل فى البول حرمة وقد علم النبي عليه السلام شفاء العرنيين بالوحي فالشفاء فى غيرهم غير معلوم فبقى على الاصل وعند ابى يوسف يحل التداوى بشربه لما روى ان قوما من عرينة مرضوا فى المدينة فامرهم النبي بان يلحقوا المرعى ويشربوا من ابوال الابل والبانها وعند محمد يحل مطلقا اذ لو كان حراما لا يحل به التداوى لقوله عليه السلام «ما وضع شفاءكم فيما حرم عليكم» (ولا) يحل (استعمال اناء ذهب او فضة لرجل وامرأة) لقوله عليه السلام فمن شرب منه «انما يجرجر فى بطنه نار جهنم» قيل يجرجر بمعنى يلقى فيكون نار جهنم مفعولا وقيل بمعنى يصوت من جرجر الجمل اذا ازداد صوته فى حنجرته فيكون نار فاعلا فاذا ثبت ذلك فى الاكل والشرب فكذا فى التطييب وغيره لانه مثله فى الاستعمال ويستوى الرجل والنساء لاطلاق الحديث وكذا الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميلهما وما اشبه ذلك وفى الذخيرة الادهان المحرم ان يأخذ آنية الذهب والفضة ويصب الدهن على الرأس اما اذا ادخل يده واخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لا يكره كما فى النهاية * وفى التسهيل وعلى هذا لو اخذ الطعام من آنية الذهب والفضة بملعقة ثم اكله من الملعقة ينبغى ان لا يكره وكذا لو اخذه بيده واكله ولكن ينبغى ان لا يفتى بهذه الرواية لئلا ينفتح باب استعمالها لكن فى الدرر تفصيل فليطالع (وحل استعمال اناء عقيق وبلور وزجاج ورصاص) عندنا لعدم التفاخر بمثل هذه الآنية عادة لانها ليست من جنس الاثمان وقال الشافعى يكره لحصول التفاخر كالحجر قلنا لا نسلم وان كانت عادتهم جارية بالتفاخر فى غيرهما فلم تكن هذه الاشياء فى معناهما فامتنع الالحاق بهما ويجوز استعمال الاوانى من الصفر وفى التبيين ويمكن ان يستدل به على اباحة غير الذهب والفضة لانه فى معناه بل عينه

فصل فى الكسب

وفى الاختيار قال محمد بن سماعة سمعت محمد بن حسن يقول طلب الكسب فريضة كما ان طلب العلم فريضة وهذا صحيح لما روى ان ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «طلب الكسب فريضة على كل مسلم ومسلمة» وقال عليه السلام «طلب الكسب بعد صلاة المكتوبة» اى الفريضة بعد الفريضة ولانه لا يتوسل الى اقامة الفرض الا به وكان فرضا لانه لا يتمكن من اداء العبادات الا بقوة بدنه وقوة بدنه بالقوت عادة وخلقة وتحصيل القوت بالكسب ولانه يحتاج فى الطهارة الى آلة الاستقاء والآنية

وفى الصلاة الى مايستر عورته وكل ذلك انما يحصل عادة بالاكتساب والرسل عليهم السلام كانوا يكتسبون وكذا الخلفاء الراشدون ولا يلتفت الى قول جماعة انكروا ذلك وتمامه فيه ان شئت فليراجع وطلب العلم فريضة ايضا على كل مسلم ومسلمة* قال فى الخلاصة حكى عن ابى مطيع انه قال النظر فى كتب اصحابنا من غير سماع افضل من قيام ليلة* وفى البزازية طلب العلم والفقه اذا صحت النية افضل من جميع فعال البر* وكذا الاشتغال بزيادة العلم اذا صحت النية وهو اقسام* فرض وهو مقدار مايحتاج اليه لاقامة الفرائض ومعرفة الحق والباطل والحلال والحرام* ومستحب وقربة كتعلم مالا يحتاج اليه لتعليم من يحتاج اليه* ومباح وهو الزيادة على ذلك للزينة والكمال ومكروه وهو التعلم ليباهي به العلماء ويماري به السفهاء ولذلك كره الامام تعلم الكلام والمناظرة فيه وراء قدر الحاجة* وفى البزازية وتعلم علم النجوم لمعرفة القبلة واوقات الصلاة لابأس به والزيادة حرام والحيلة والتمويه فى المناظرة ان تكلم مسترشدا منصفا بلاتعنت لايكره* وكذا ان غير مسترشد لكنه منصف غير متعنت فان اراد بالمناظرة طرح المتعنت لابأس به ويحتال كل الحيلة ليدفع عن نفسه التعنت والتعنت لدفع التعنت مشروع* وفى القهستانى وتعلم المنطق كشرب الخمر* وفى قوت القلوب جعل الجهال اصحاب المنطق علماء اه* والتعليم بقدر مايحتاج اليه لاقامة الفرض فرض ولا يجب على الفقيه ان يجيب عن كل مايسأل عنه اذا كان هناك من يجيب غيره فان لم يكن غيره يلزمه الجواب لان الفتوى والتعليم فرض كفاية (افضله) اى الكسب (الجهاد) لان فيه الجمع بين حصول الكسب واعزاز الدين وقهر عدو الله (ثم التجارة) لان النبي عليه السلام حث عليها فقال* التاجر الصدوق مع الكرام البررة* (ثم الحراثة) واول من فعله آدم عليه السلام (ثم الصناعة) لانه عليه السلام حرض عليها فقال* الحرفة امان من الفقر* لكن فى الخلاصة ثم المذهب عند جمهور العلماء والفقهاء ان جميع انواع الكسب فى الاباحة على السواء هو الصحيح (ومنه) اى بعض الكسب (فرض وهو) اى الكسب (قدر الكفاية لنفسه وعياله وقضاء ديونه) لما بينا انه لايتوسل الى اقامة الفرض الا به خصوصا الى قضاء الدين ونفقة من تجب عليه نفقته فان ترك الاكتساب بعد ذلك وسعه وان اكتسب مايدخره لنفسه وعياله فهو فى سعة لان النبي عليه السلام ادخر قوت عياله سنة كما فى الاختيار (ومستحب وهو الزائدة عليه) اى على قدر الكفاية (ليواسى به) اى بالزائد (فقيرا ويصل به قريبا) فانه افضل من التخلى لنفل العبادة لان منفعة النفل تخصه ومنفعة الكسب له ولغيره قال عليه السلام* الناس عيال الله فى الارض واحبهم اليه انفعهم لعياله* (ومباح وهو لزيادة التجمل) والتنعم قال عليه السلام* نعم المال الصالح للرجل الصالح* وقال عليه السلام* من طلب الدنيا حلالا متعففا لقى الله تعالى ووجهه كالقمر ليلة البدر* كما فى الاختيار (وحرام وهو الجمع للتفاخر والبطر وان) وصلية (كان من حل) قال عليه السلام* من طلب الدنيا مفاخرا مكاثرا لقى الله وعليه غضبان* (وينفق على نفسه وعياله بلا اسراف ولا تقتير) ولا يتكلف لتحصيل جميع شهواتهم ولا يمنعهم جميعا بل يكون وسطا قال الله تعالى* والذين اذا انفقوا

لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما ولا يستديم الشبع قال عليه السلام* اجوع يوما واشبع يوما* ومن قدر على الكسب لزمه (اى من الكسب لما بيناه) آنفا (وان عجز عنه) اى عن الكسب (لزمه السؤال) لانه نوع اكتساب لكن لا يحل الا عند العجز قال عليه السلام* السؤال آخر كسب العبد* (فان تركه) اى السؤال وهو قادر عليه (حتى مات) من جوعه (ثم) لانه القى نفسه الى التهلكة فان السؤال يوصله الى ما تقوم به نفسه فى هذه الحالة كالكسب ولا ذل فى السؤال فى هذه الحالة (وان عجز عنه) اى عن السؤال الكسب (يفرض على من علم به) اى بعجزه (ان يطعمه او يدل عليه من يطعمه) صونا له عن الهلاك فان امتنعوا من ذلك حتى مات اشتركوا فى الاثم واذا اطعمه واحد سقط عن الباقين ومن كان له قوت يومه لا يحل السؤال (ويكره اعطاء سؤال) جمع سائل كنصار جمع ناصر (المسجد) فقد جاء فى الاثر ينادى يوم القيامة * ليقم من يغبض الله * فيقوم سؤال المسجد (وقيل ان كان) اى السائل فى المسجد (لا يتخطى رقاب الناس ولا يمر بين يدى مصل لا يكره) اعطاؤه وهو المختار كما فى الاختيار فقد روى انهم كانوا يسألون فى المسجد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى روى ان عليا تصدق بخاتمه فى الصلاة فى المسجد (ولا يجوز قبول هدية امراء الجور) لان الغالب فى مالهم الحرمة (الا اذا علم ان اكثر ماله من حل) بان كان صاحب تجارة او زرع فلا بأس به وفى البزازية غالب مال المهدى ان حلالا لا بأس بقبول هديته واكل ماله ما لم يتبين انه من حرام لان اموال الناس لا يخلو عن حرام فيعتبر الغالب وان غالب ماله الحرام لا يقبلها ولا يأكل الا اذا قال انه حلال ورثه او استقرضته ولهذا قال اصحابنا لو اخذ مورثه رشوة او ظلما ان علم وارثه ذلك بعينه لا يحل له اخذه وان لم يعلمه بعينه له اخذه حكما لا ديانة فيتصدق به بنية الخصماء وفى الخانية وقال الحلوانى وكان الامام ابو القاسم الحكيم يأخذ جوائز السلطان والحيلة فيه ان يشترى شيأ بمال مطلق ثم ينقده من اى مال شاء كذا رواه الثانى عن الامام وعن الامام المبتلى بطعام الظلمة يتحرى ان وقع فى قلبه حله قبل واكل والا لا لقوله عليه السلام* استفت قلبك* الحديث وجواب الامام فيمن به ورع وصفاء قلب ينظر بنور الله ويدرك بالفراسة وفى الخلاصة السلطان اذا قدم شيأ من المأكولات ان اشتراه يحل وان لم يشتره ولكن الرجل لا يعلم ان فى الطعام شيأ مغصوبا بعينه يباح اكله وفى الخانية رجل غصب لحما فطبخه او حنطة فطحنها قال ابو بكر البلخى يحل له اكله وعليه الضمان فى قول الامام وهذا ظاهر قوله لان على قول الامام ومحمد اذا غصب حنطة فطحنها او لحما فطبخه ينقطع حق المالك ويصير ملكا للغاصب وقال ابو يوسف اكله حرام قبل ان يرضى صاحبها (ولا يكره اجارة بيت بالسواد) اى بالقرية (ليتخذ بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع) معطوف على قوله ليتخذ اى ليباع (فيه الخمر) عند الامام لان الاجارة واردة على منفعة البيت ولا معصية فيه وانما معصيته بفعل المستأجر وهو فعل الفاعل المختار فقطع نسبته منه كبيع الجارية لمن لا يستبريها او يأتيها من دبرها او بيع الغلام من اللوطى كما فى التبيين وغيره وهذا صريح فى جواز بيع الغلام من اللوطى والمنقول فى كثير من المعتبرات انه يكره (وعندهما يكره)

ان يوجر بيتا الشئ من ذلك لانه اعانة على المعصية وبه قالت الائمة الثلاثة قالوا ان ما ذكره الامام مختص بسواد الكوفة لان اغلب اهلها ذمي واما في سوادنا فاعلام الاسلام ظاهرة فلا يمكنون من اجارة البيت ليتخذه معبدا او مفسقا في الاصح كما لا يمكنون في الامصار لعدم الاذن من الحكام فيما يغلب فيه شعائر الاسلام وعن هذا قال (ويكره في المصر اجماعا وكذا في سواد غالبه اهل الاسلام) لما مر ان شعائر الاسلام ظاهرة (ومن حمل لذمي خمراً باجر طاب له) عند الامام (وعندهما يكره) ذلك لوجود الاعانة على المعصية وقد صح ان النبي عليه السلام لعن في الخمر عشراً وعد منها حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها لا في حملها مع ان الحمل يحمل على الاراقة او التخليل والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية وعلى هذا الخلاف اذا آجر دابة لينقل عليها الخمر اوآجر نفسه ليرعى الخنازير ولا بأس ببيع الزنار من النصارى والقلنسوة من المجوسي ولو ان اسكافا امره انسان ان يتخذ له خفا على زي المجوسي او الفسقة او خياطا امره انسان ان يخيط له ثوبا على زي الفساق يكره له ان يفعل ذلك (ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته) والقياس ان لا يجوز لانه تبرع والعقد ليس من اهله لكن جوز في الشئ اليسير للضرورة استحسانا كما مر في المأذون (وكره قبول كسوته ثوبا واهدائه احد النقدين) لانه لا ضرورة في الشئ الكثير كالدراهم والثياب فيبقى على الاصل وهو عدم الجواز (ويقبل في المعاملات قول الفرد ولو) وصلية كان (انثى او عبدا او فاسقا او كافرا كقوله) اي قول الفرد (شريت اللحم من مسلم او كتابي فيحل او) شريته (من مجوسي فيحرم) هذه العبارة اولى من عبارة الكنز وهو قوله ويقبل قول الكافر في الحل والحرمة لان شارحه الزيلعي قال هذا سهو لان الحل والحرمة من الديانات وانما يقبل قوله في المعاملات خاصة للضرورة انتهى لكن حمله على المساهلة اولى من حمله على السهو ويكون المراد يقبل قول الكافر فيما يؤدي الى الحل والحرمة لانه قال العيني اراد بالحل الحل الضمني وبالحرمة الحرمة الضمنية لانه اراد حاصل مسئلة في الهداية وهو قوله ومن ارسل اجيراً له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان يأكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة ومراد الشيخ في الحل والحرمة هو هذا اعني لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة فافهم قال صاحب المنح ويقبل قول الفاسق والكافر في المعاملات لانها يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا ادى الى الحرج فيقبل قوله مطلقا دفعا للحرج كما اذا اخبر انه وكيل فلان في بيع كذا فيجوز الشراء منه وكذا في الوكالات والمضاربات وغيرها وهذا اذا غلب على الرأي صدقه اما اذا غلب عليه كذبه فلا يعتمد عليه (و) يقبل (قول العبد والامة والصبي في الهدية) بان قال العبد او الامة او الصبي هذه هدية اهداها سيدي او ابي

(يجوز)

يجوز ان يأخذها لان الهدايا تبعث عادة على ايدى هؤلاء (و) يقبل قولهم فى (الاذن) بان قال العبد او الامة او الصبى المميز اذن لى مولاى او الولى فى البيع والشراء يجوز لمن سمع ويرى معاملته مع الغير ان يبيع ويشترى منه والا يؤدى الى الحرج فى استحضار الشهود الى مواضع العقود (وشرط العدل فى الديانات) لانه لا يكثر وقوعها فلا حرج فى اشتراط العدالة ولا حاجة الى قبول قول الفاسق لانه متهم فيها (كالخبر عن نجاسة الماء فيتيمم) ولا يتوضأ (ان اخبرها مسلم عدل ولو) وصلية كان (انثى او عبدا) لترجح جانب الصدق فى خبره لظهور عدالته (ويتحرى فى الفاسق) بنجاسة الماء (و) فى خبر (المستور ثم يعمل بغالب رأيه) ان وقع فى قلبه صدقه يتيمم وان وقع فيه كذبه يتوضأ لترجح جانب الكذب (ولو اراق) الماء الذى اخبر بنجاسته فاسق او مستور (فتيمم عند غلبة صدقه او توضأ) معطوف على قوله اراق والمعنى او لم يرق الماء وتوضأ (وتيمم عند غلبة كذبه كان احوط) كما فى شرح الوقاية وغيره وفى الجوهرة « وهذا جواب الحكم اما فى الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء »

فصل فى اللبس

لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهة ذكر تفصيل ما يحتاج اليه الانسان قدم اللبس لكثرة الاحتياج اليه (الكسوة منها فرض وهو) اى ما هو فرض (ما يستر العورة ويدفع ضرر الحر والبرد) قال الله تعالى « خذوا زينتكم عند كل مسجد » اى ما يستر عوراتكم عند الصلاة ولانه لا يقدر على اداء الصلاة الا بستر العورة وخلقته لا تتحمل الحر والبرد فيحتاج الى دفع ذلك بالسكوة فصار نظير الطعام والشراب فكان فرضا كما فى الاختيار (والاولى كونه من القطن او الكتان) وهو المأثور وهو ابعد عن الخيلاء (بين النفيس والخسيس) لئلا يحتقر فى الدنى ويأخذه الخيلاء فى النفيس وعن النبى عليه السلام انه نهى عن الشهرتين وهو ما كان فى نهاية النفاسة وما كان فى نهاية الخساسة وخير الامور اوساطها (ومستحب وهو الزائد) على قدر الضرورة وفى المنح وهو ما يحصل به اصل الزينة فى الازار والرداء والعمامة والقميص الرقيق ونحوها (لاخذ الزينة) المأمور به بقوله تعالى « خذوا زينتكم » الآية (واظهار نعمة الله تعالى) خصوصا اذا كان ذا علم ومروة وفى القنية العمامة الطويلة ولبس الثياب الواسعة حسن فى حق الفقهاء الذين هم اعلام الهدى دون سائر الناس الاحسن ان يلبس احسن ثيابه للصلاة وفى الحديث « صلاة مع عمامة خير من سبعين صلاة بغير عمامة » وروى « من صلى وجبينه مشدود كان خيرا ممن صلى سبعين صلاة وجبينه مكشوف » قال عليه السلام « ان الله يحب ان يرى اثر نعمه على عبده » (ومباح وهو الثوب الجميل للتزين) فى الجمع والاعياد ومجامع الناس اذا لم يكن للكبر وكذا جمع المال اذا كان من حلال لان النبى عليه السلام خرج وعليه رداء قيمته الف درهم وربما قام عليه السلام الى الصلاة وعليه رداء قيمته اربعة آلاف درهم وكان الامام ابو حنيفة يرتدى برداء قيمته اربعمائة دينار وكان يقول لتلامذته * اذا رجعتم الى بلادكم فعليكم بالثياب النفيسة * فالسرخسى يلبس الغسيل فى عامة الاوقات ويلبس الاحسن فى بعض الاوقات اظهارا لنعمة الله تعالى حتى لا يؤذى المحتاجين كما فى البزازية وفى القنية وعن النخعى كان يخرج من بيته

في ثياب حسنة واصحابه يقولون * نحن نعرق حقيقة انه يحل له الآن اكل الميتة* (ومكروه وهو اللبس للتكبر) والخيلاء لقوله عليه السلام لمقداد بن معدي كرب *كل والبس واشرب من غير مخيلة* (ويستحب الثوب الابيض والاسود) لقوله عليه السلام *ان الله يحب الثياب البيض وانه خلق الجنة بيضاء وقد روى انه عليه السلام لبس الجبة السوداء والعمامة السوداء يوم فتح مكة* ولا بأس بالازرق وفي الشرعة ولبس الاخضر سنة (ويكره) الثوب (الاحمر والمعصفر) للرجال لانه عليه السلام نهى عن لبس الاحمر والمعصفر وفي المنح ولا بأس بلبس الثوب الاحمر وبه صرح ابو المكارم في شرح النقاية وهذا ظاهر في ان المراد بالكراهة كراهة التنزيه لانها ترجع الى خلاف الاولى كما صرح به كثير من المحققين لان كلمة لا بأس تستعمل غالبا فيما تركه اولى كما قاله بعض اهل التحقيق لكن صرح صاحب تحفة الملوك بالحرمة فافاد ان المراد كراهة التحريم وهو المحمل عند الاطلاق (والسنة ارخاء طرف العمامة بين كتفيه) هكذا فعله النبي عليه السلام (قدر شبر وقيل الى وسط الظهر وقيل الى موضع الجلوس* واذا اراد تجديد لفها نقضها كما لفها) ولا يلقيها على الارض دفعة واحدة هكذا نقل من فعله عليه السلام كما في الاختيار (ويحل للنساء لبس الحرير ولا يحل للرجال) ولو بحائل بينه وبين بدنه على المذهب كما في التنوير لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال* انما يلبسه من لا خلاق له اي لا نصيب له في الآخرة وانما جاز للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة فيهم على رضي الله عنه ان النبي عليه السلام خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان حرامان على ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى* حل لاناثهم * الا ان القليل عفو وعن هذا قال (الا قدر اربع اصابع) مضمومة فلا يحرم فهو استثناء من قوله ولا يحل وفي القنية من اصابع عمر رضي الله عنه وذلك قيس شبرنا يرخص فيه وفي المنح القليل من الحرير عفو وهو مقدار ثلاث اصابع او اربع يعني مضمومة وذلك (كالعلم) لان الناس يلبسون الثياب وعليها الاعلام والطرز في تلك الاعصار من غير نكير وان كان اكثر من الاربع فهو مكروه وقد روى ان النبي لبس جبة مكفوفة بالحرير وروى انه لبس فروة اطرافها من الديباج وكان المعنى في ذلك انه تبع كما في السراج وفي السير الكبير العلم حلال مطلقا صغيرا كان او كبيرا اه هذا مخالف للواقع في كثير من المعتبرات من التقييد بثلاث اصابع او اربع وفيه رخصة عظيمة لمن ابتلى بذلك من الاشراف والعظماء وكذلك اذا كان في طرف القلنسوة لا بأس به اذا كان قدر اربع اصابع او دونها في ظاهر المذهب كما في القنية وعن محمد انه قال لا ينبغي ذلك في القلنسوة وان كان اقل من اربع اصابع وفي المجتبى وانما رخص الامام في عرض الثوب قلت وهذا يدل على ان القليل في طوله يكره وبه جزم مولى خسرو لكن اطلاق الهداية وكثير من المعتبرات تخالف وفي القنية نقلا عن برهان صاحب المحيط ان عند الامام لا يكره لبس الحرير اذا لم يتصل بجلده حتى لو لبسه فوق قميص من غزل اونحوه لا يكره عنده فكيف اذا لبسه فوق قباء او شيء آخر محشوا وكانت جبة من حرير بطانتها ليس بحرير ولو لبسها فوق قميص غزلي قال وفي هذا رخصة عظيمة في موضع عم به البلوى

ولكن طلبت هذا القول عن الامام فى كثير من الكتب فلم اجد سوى هذا ثم قال نقلا عن الحلوانى قال ومن الناس من يقول انما يكره الحرير اذا كان يمس الجلد وما لا فلا وعن ابن عباس رضى الله عنهما انه كان عليه جبة من حرير فقيل له فى ذلك فقال اما ترى الى ما يلى الجسد وكان تحته ثوب من قطن ثم قال الا ان الصحيح ماذكرنا ان الكل حرام وفى الجامع للبزدوى ومن الناس من اباح لبس الحرير والديباج للرجال ومنهم من قال هى حرام على النساء ايضا وعامة الفقهاء على انه يحل للنساء دون الرجال اه قال عبد البر فى شرح الوهبانية بعد حكايته لما قدمناه عن القنية قلت وفى حفظى من خزانة الاكمل ما لفظه قال الامام ومحمد لا بأس بلبس الحرير وقلنسوة الثعالب انتهى وهذا مطلق وفيه زيادة محمد مع الامام كما فى المنح والتنوير والثوب المنسوج بذهب يحل اذا كان هذا المقدار والا لا ولا بأس بكلة ديباج للرجال لانها كالبيت وكذا لا بأس بملاءة حرير يوضع فى مهد الصبى لانه ليس بلبس وفى القنية تكره التكة المعمولة من الابريسم هو الصحيح وكذا القلنسوة وان كانت تحت العمامة والكيس الذى يعلق لكن فى الفتاوى الصغرى والذخيرة وشرح القدورى لا تكره التكة من الحرير عند الامام وعند ابى يوسف تكره واختلف فى عصبة الجراحة بالحرير وعن محمد لا بأس ان يكون عروة القميص وزره من الحرير وهو كالعلم يكون فى الثوب ومعه غيره فلا بأس به ان كان وحده كرهته واكره تكة الحرير لانها تلبس وحدها لانه اذا كان معه غيره فاللبس لا يكون مضافا اليه بل يكون تبعا فى اللبس والمحرم هو اللبس للحرير كما فى المحيط وفى القهستانى ولا بأس ان يشد خمار الاسود من الحرير على العين الرامدة او الناظرة الى الثلج وكذا لو صلى على سجادة من الابريسم لم يكره فان الحرام هو اللبس اما الانتفاع بسائر الوجوه فليس بحرام (ولا بأس) للرجال والنساء (بتوسده) اى باتخاذ الحرير وسادة (وافتراشه) اى اتخاذه فراشا والنوم عليه وكذا ستر الحرير وتعليقه على الباب عند الامام (خلافا لهما) لعموم النهى ولانه من زى الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضى الله عنه « اياكم وزى الاعاجم » وبه قالت الائمة الثلاثة وهذا الخلاف على قول القدورى وصاحب المنظومة والمجمع وذكر فى الجامع الصغير الخلاف بين الامام ومحمد وذكر ابو الليث ان ابا يوسف مع الامام وله ما روى انه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان بساط عبد الله بن عباس رضى الله عنهما مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس وهو التوسد والافتراش ولانه ليس باستعمال كامل بل استعمال على سبيل الامتهان فكان قاصرا عن معنى الاستعمال والتزيين فلم يتعد حكم التحريم من اللبس الذى هو فى الاستعمال اليه فلم يحرم بل كان ذلك تقليلا للبس وانموذجا وترغيبا فى نعيم الآخرة ونظيره انكشاف العورة فى الصلاة فان القليل منه لا يفسد وكذا الكثير فى الزمان القليل كما فى المطلب وغيره (ولا بأس بلبس ماسداه) بالفتح اى ماسدى من الثوب بالفارسية تان وتار (ابريسم) بكسر الهمزة وسكون الباء وكسر الراء وفتحها وحركات السين المهملة عربى او معرب (ولحمته) ما ادخل بين السدى

(غيره) اى غير الابرسيم سواء كان مغلوبا او غالبا او مساويا للحرير كالقطن والكتان والصوف يعنى فى الحرب وغيره لان الصحابة رضى الله عنهم كانوا يلبسون مثل هذا ولان الثوب يصير بالنسج والنسج باللحمة فهى معتبرة لكونها علة قريبة فيضاف الحكم من الحل والحرمة اليها دون السدى فيكون العبرة لما يظهر دون ما يخفى وقيل لا يلبس الا اذا غلب اللحمة على الحرير والصحيح الاول وهذا بالاجماع (وعكسه) اى ما لحمته ابرسيم وسداه غيره (لا يلبس الا فى الحرب) لا فى غيره وهذا ايضا بالاجماع للضرورة (ويكره لبس خالصه) اى الحرير (فيها) اى فى دار الحرب عند الامام (خلافا لهما) فان عندهما يجوز لما روى انه عليه السلام رخص لبس الحرير والديباج فى الحرب لان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع مضرة السلاح واهيب فى عين العدو لبريقه وله اطلاق النصوص الواردة فى النهى عن لبس الحرير والضرورة اندفعت بالمخلوط الذى لحمته حرير فلا حاجة الى الخالص منه وفى المنح وهذا اذا كان الثوب صفيقا يحصل به اتقاء العدو فى الحرب اما اذا كان رقيقا لا يحصل منه الاتقاء فان لبسه لا يحل بالاجماع لعدم الفائدة ولا بأس بلبس الفراء كلها من جلود السباع والانعام وغيرها من الميتة المدبوغة والذكية وكذلك الصوف والوبر واللبد لانها عين طاهرة مباحة وقال ابو يوسف اكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا ارى بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس (ويجوز للنساء التحلى بالذهب والفضة لا) يجوز (للرجال) اما بالذهب فلما روينا واما بالفضة فلانها فى معنى الذهب فى التزين ووقوع التفاخر بها (الا الخاتم) على هيئة خاتم الرجال اما اذا كان له فصان او اكثر فحرام (والمنطقة وحلية السيف من الفضة) لانها مستثناة مما لا يجوز للرجال تحقيقا لمعنى الانموذج والفضة اغنت عن الذهب لانهما من جنس واحد وقد ورد آثار فى جواز التختم بالفضة وكان النبى عليه السلام اتخذ خاتما من فضة وكان فى يده حتى توفى ثم فى يد ابى بكر الى ان توفى ثم فى يد عمر الى ان توفى ثم فى يد عثمان رضى الله عنهم الى ان وقع من يده فى البئر فانفق مالا عظيما فى طلبه فلم يجده وقالوا ان قصد بالتختم التجبر فكروه وفى الاختيار سن ان يكون الخاتم على قدر مثقال او دونه (و) الا (مسمار الذهب فى ثقب الفص) لانه تابع كالعلم فى الثوب ولا يعد لابساله (و) الا (كتابة الثوب بذهب او فضة) لانه تبع للثوب ولا حكم له وفيه خلاف ابى يوسف (و) الا (شد السن بالفضة ولا يجوز بالذهب) عند الامام (خلافا لهما) وفى الهداية ولا يشد الاسنان بالذهب ويشد بالفضة وهذا عند الامام وقال محمد لا بأس بالذهب ايضا وعن ابى يوسف مثل قول كل منهما فلهذا قال فى التبيين عند الامام وابى يوسف لان الحرم لا يباح الا للضرورة وهى تندفع بالفضة وقال محمد يجوز بالذهب ايضا لما روى عن عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره عليه السلام ان يتخذ انفا من ذهب وبه قالت الائمة الثلاثة قلنا الكلام فى السن والمروى فى الانف ولا يلزم من الاغناء فى السن الاغناء فى الانف الا يرى ان التختم جاز لاجل الختم ثم لما وقع الاستغناء بالادنى لا يصار الى الاعلى ولا يجوز قياسه على الانف فكذا هنا ويحتمل انه

عليه السلام خص في لبس الحرير لعبد الرحمن والزبير لاجل الحكة في جسمهما (ولا يتختم بحجر ولا صفر ولا حديد) لما روى ان النبي عليه السلام نهى عن التختم من هذه الانواع (وقيل يباح بالحجر اليشب) لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه كما في الهداية وفي الدرر نقلا عن السرخسي والاصح انه لا بأس به كالعقيق فانه عليه السلام كان يتختم بالعقيق وقال * تختموا بالعقيق فانه مبارك * وفي الخانية والصحيح انه لا بأس به لانه ليس بذهب ولا حديد ولا صفر بل هو حجر وتمامه فيه فليطالع وفي المنح لان حل العقيق لما ثبت حل سائر الاحجار لعدم الفرق بين حجر وحجر لكن يجوز التختم ان كانت الحلقة من الفضة والفص من الحجر سواء كان من عقيق او زبرجد او فيروزج وغيرها لكونه تابعا ولان القوام بها ولا يعتبر بالفص ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف المرأة لانه للزينة في حقها ويلبس خاتمه في اليسرى لا في اليمنى ولا في غير خنصره اليسرى من اصابعه وسوى الفقيه ابو الليث بين اليمين واليسار وهو الحق لاختلاف الروايات (وترك التختم افضل لغير السلطان والقاضي) لعدم احتياجه اليه بخلاف السلطان والقاضي كما في الهداية وفي المنح وظاهر كلامهم انه لا خصوصية لهما بل الحكم في كل ذي حاجة كذلك فلو قيل وترك التختم افضل لغير ذي حاجة اليه ليدخل فيه المباشر ومتولي الاوقاف وغيرهما ممن يحتاج الى الختم لضبط المال كان اعم فائدة كما لا يخفى اه لكن ذكر الشئ لا ينافي جريان الحكم على غير هذا الشئ عند وجود العلة وهي الحاجة والضرورة خصوصا في امر الاستحباب تدبر (ويجوز الاكل والشرب من اناء مفضض والجلوس على سرير مفضض بشرط اتقاء موضع الفضة) بان لا يكون الفضة في موضع الفم عند الاكل والشرب وقيل يتقي موضع الفم واليد وفي موضع الجلوس عنده هذا عند الامام (ويكره) ذلك (عند ابي يوسف) مطلقا (وعن محمد روايتان) في رواية مع الامام وفي رواية مع ابي يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا اذا فعل ذلك في السقف والمسجد وحلقة المرآة وجعل المصحف مذهبا او مفضضا كما لو جعله في نصل سيف وسكين او في قبضتهما او في لجام او ركاب ولم يضع يده موضع الذهب والفضة كما في التنوير وفي الهداية وغيرها وهذا الاختلاف فيما يخلص واما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع لانه مستهلك فلا عبرة لبقائه لونا لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة وللامام ان ذلك تابع ولا يعتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب (ويكره الباس الصبي ذهبا او حريرا) لئلا يعتاده والاثم على الملبس كالخمر فان سقيها الصبي حرام كشربها وكذا الميتة والدم وفي التنوير لا بأس بلبس الصبي اللؤلؤ وكذا البالغ (ويكره حمل خرقة لمسح العرق او المخاط او) ماء (الوضوء ان للتكبر وان للحاجة فلا هو الصحيح) لانه نوع تجبر لكن الصحيح انها ان كانت لحاجة لا يكره كما في الهداية وغيرها (والرتم) وهو الخيط الذي يعقد على الاصبع لتذكر الشئ (لا بأس به) لانه ليس بعبث

لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان اما شد الخيوط والسلاسل على بعض الاعضاء فانه مكروه لكونه عبثا محضا وحاصله ان كل ما فعل على وجه التجبر فهو مكروه وبدعة وما فعله لحاجة وضرورة لا يكره وهو نظير التربع فى الجلوس والاتكاء

فصل

فى بيان احكام (النظر ونحوه) كالمس (ويحرم النظر الى العورة الا عند الضرورة كالطبيب) اى له النظر الى موضع النظر ضرورة فيرخص له احياء لحقوق الناس ودفعا لحاجتهم (والخاتن والخافضة) بالخاء والضاد المعجمة هى التى تختن النساء (والقابلة والحاقن) الذى يعمل الحقنة (ولا يجاوز) كل واحد منهم (قدر الضرورة) فانه يلزم ان يغضوا ابصارهم من غير موضع المرض والختان والحقنة وفى التبيين وينبغى للطبيب ان يعلم امرأة اذا كان المريض امرأة ان امكن لان نظر الجنس اخف وان لم يمكن يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره عن غير ذلك الموضع ما استطاع لان ما ثبت للضرورة يتقدر بقدرها (وينظر الرجل من الرجل الى ما سوى العورة وقد بينت فى الصلاة) ان العورة ما بين السرة الى الركبة والسرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعى والركبة عورة خلافا للشافعى ثم حكم العورة فى الركبة اخف منه فى الفخذ وفى الفخذ اخف منه فى السوءة حتى ينكر عليه فى كشف الركبة برفق وفى الفخذ بعنف وفى السوءة يضرب ان اصر وفى القهستانى والاولى تنكير الرجل لئلا يتوهم ان الثانى عين الاول وكذا الكلام فيما بعد وفيه اشعار بانه لا بأس بالنظر الى الامرد الصبيح الوجه وكذا الخلوة ولذا لم يؤمر بالنقاب كما فى التجنيس اه (وتنظر المرأة) المسلمة (من المرأة) لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا لان المرأة لا تشتهى المرأة كما لا يشتهى الرجل الرجل ولان الضرورة داعية الى الانكشاف فيما بينهن وعن الامام ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل ذوات محارمه والاول اصح كما فى اكثر المعتبرات (و) من (الرجل الى ما ينظر الرجل من الرجل) اى الى ما سوى العورة (ان امنت الشهوة) وذلك لان ما ليس بعورة لا يختلف فيه النساء والرجال فكان لها ان تنظر منه ما ليس بعورة وان كانت فى قلبه شهوة او فى اكبر رأيها انها تشتهى او شكت فى ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الرجل هو الناظر الى ما يجوز له النظر منها كالوجه والكف لا ينظر اليه حتما مع الخوف وانما قيدنا بالمسلمة لان الذمية كالرجل الاجنبى فى الاصح الى بدن المسلمة كما فى المجتبى وفى المجتبى والتنوير وكل عضو لا يجوز النظر اليه قبل الانفصال لا يجوز بعده وهو الاصح كشعر رأسها (وينظر) الرجل (الى جميع بدن زوجته وامته التى تحل له) اى للرجل (وطؤها) لقوله عليه السلام «غض بصرك الا عن زوجتك وامتك» قيل الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لانه يورث النسيان وكذا لا ينظر الرجل عورة نفسه لان الصديق رضى الله عنه لا ينظر الى عورته ولا يمسها بيمينه قط وقال البعض ان الاولى ان ينظر الى فرج امرأته وقت الوقاع ليكون ابلغ فى تحصيل معنى اللذة وقيد الامة بكونها يحل له وطؤها لان ما لا يحل وطؤها كأمته المشتركة او المنكوحة للغير

او المجوسية لا يحل له النظر الى فرجها (و) ينظر (من محارمه) نسبا او رضاعا او مصاهرة بالنكاح وكذا بالسفاح على الاصح كما في القهستاني * ولذا قال في المنح وغيره والمصاهرة وان كان بزنى (و) من (امة غيره) ولو مكاتبة او مدبرة او ام ولد او معتقة البعض عنده (الى الوجه والرأس والصدر والساق والعضد) ان امن شهوته لقوله تعالى «ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن» اذ المراد بالزينة مواضع الزينة بطريق حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه لان الرأس موضع التاج والشعر موضع العقاص والوجه موضع الكحل والعنق موضع القلادة التي تنتهي الى الصدر والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملوج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب فيحل النظر للمحارم الى تلك الاعضاء لان المرأة تكون في بيتها في ثياب مهنتها عادة ولا تكون مستترة ويدخل عليهن بعض المحارم من غير استئذان فلو حرم النظر الى هذه المواضع يؤدي الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقلما تشتهى بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة وحكم امة الغير كحكم المحرم لانها تحتاج الى الخروج لحوائج مولاها في ثياب مهنتها وكان عمر رضي الله عنه اذا رأى جارية متقنعة يضربها بالدرة ويقول القي عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لمحمد بن مقاتل فانه قال ينظر الى ظهرها وبطنها (ولا بأس بمسه) اي بمس الرجل المواضع التي يحل النظر اليها من محارمه وامة غيره (بشرط امن الشهوة في النظر والمس) لتحقق الحاجة الى ذلك بالاركاب والانزال في المسافرة والمخالطة وكان عليه السلام يقبل رأس فاطمة رضي الله عنها ويقول * اجد منها ريح الجنة * (ولا ينظر) الرجل (الى البطن والظهر والفخذ وان) وصلية (امن) اي عن الشهوة لانها ليست مواضع الزينة وقال الشافعي يجوز له ان ينظر الى ظهر محارمه وبطنها (ولا) ينظر الرجل (الى الحرة الاجنبية الا الى الوجه والكفين ان امن الشهوة) لان ابداء الوجه والكف يلزمها بالضرورة للاخذ والاعطاء ولا ينظر الى قدميها لعدم الضرورة في ابدائهما في ظاهر الرواية وعن الامام يحل النظر الى قدميها اذ ظهرتا في حال المشي وعن ابي يوسف انه يباح النظر الى ذراعها ايضا لانها قد يبدو منها عادة (والا) اي وان لم يأمن الشهوة (فلا يجوز) النظر الى الوجه والكفين لقوله عليه السلام *من نظر الى محاسن امرأة بشهوة صبت في عينيه الآنك يوم القيمة* قالوا ولا بأس بالتأمل في جسدها وعليها ثياب ما لم يكن ثوب يبين حجمها فيه فلا ينظر اليه حينئذ كما في التبيين (لغير الشاهد عند الاداء) فلا يجوز عند التحمل ان ينظر مع عدم امن الشهوة في الاصح لان وجود من لا يشتهى في التحمل ليس بمعدوم بخلاف من يؤديها وقيل يباح كما في النظر عند الاداء (والحاكم عند الحكم) وان لم يأمنا لانهما مضطران اليه في اقامة الشهادة والحكم عليها كما يجوز له النظر الى العورة لاقامة الشهادة على الزنى (ولا يجوز مس ذلك) اي الوجه والكفين (وان امن) الشهوة (ان كانت) المرأة (شابة) قال عليه السلام *من مس كف امرأة ليس منها سبيل وضع على كفه جمرة يوم القيمة* ولان اللمس اغلظ من النظر لان الشهوة فيه اكثر (ويجوز

مسه (ان) كانت (عجوزاً لا تشتهى) لانعدام خوف الفتنة (او هو شيخ يأمن على نفسه وعليها)
وان كان لا يأمن على نفسه او عليها لا يحل له مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة (ويجوز
النظر والمس مع خوف الشهوة عند ارادة الشراء) للضرورة وفى الهداية واطلق ايضا فى
الجامع الصغير ولم يفصل بين وجود الشهوة وعدمها سواء كان فى النظر او فى المس حيث
قال رجل اراد ان يشترى جارية لا بأس بان يمس ساقها وذراعها وصدرها وينظر الى صدرها
وساقها مكشوفين وقال مشايخنا يباح النظر فى هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح
المس اذا اشتهى او كان اكثر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفى الاختيار اذا اراد الرجل
الشراء يباح له النظر مع الشهوة دون المس اه فعلى هذا يلزم المصنف التفصيل (او النكاح)
فلا بأس ان ينظر اليها مع الشهوة لما روى ان المغيرة اراد ان يتزوج امرأة فقال عليه السلام * انظر
اليها فانه احرى ان يدوم بينكما * (والعبد مع سيدته كالاجنبى) من الرجال حتى لا يجوز لها ان
تبدى من زينتها الا ما يجوز ان تبديه الاجنبى ولا يحل له ان ينظر من سيدته الا ما يجوز ان ينظر
اليه من الاجنبية وقال مالك هو كالمحرم وهو احد قولى الشافعى (والمجبوب والخصى كالفحل)
اما المجبوب فانه يسحق فينزل قيل ان جف ماء المجبوب يحل اختلاطه بالنساء فى حقه وقيل لا يحل
فى الاصح واما الخصى فلقول عائشة رضى الله عنها الخصاء مثلة فلا تبيح ما كان حراما قبله ولانه
فحل يجامع وكذا المخنث فى الردى من الافعال كالفحل الفاسق (ويكره للرجل ان يقبل الرجل)
سواء كان فمه او يده او عضوا منه وكذا تقبيل المرأة فم امرأة او خدها عند اللقاء والوداع (او يعانقه
فى ازار بلا قميص) عند الطرفين (وعند ابى يوسف لا يكره) لما روى انه عليه السلام عانق جعفر
عند قدومه من الحبشة وقبل ما بين عينيه ولهما ما روى انس قال قلنا رسول الله عليه السلام أيعانق
بعضنا البعض قال * لا * قلنا ايصافح بعضنا البعض قال * نعم * قالوا الخلاف فيما اذا لم يكن عليهما غير
الازار اما اذا كان عليهما قميص او جبة جاز بالاجماع وقال الامام ابو المنصور ان المكروه من المعانقة
ما كان على وجه الشهوة اما على وجه البر والكرامة فجائز عند الكل (ولا بأس بالمصافحة) لانها
سنة قديمة متوارثة فى السنة والسنة فى المصافحة بكلتا يديه ولا يجوز للرجل مضاجعة الرجل
وان كان كل واحد منهما فى جانب عن الفراش كما فى التنوير (و) لا بأس (تقبيل يد العالم) او الزاهد
اعزازاً للدين (او السلطان العادل) لعدله ويد غيرهم بتعظيم اسلامه واكرامه كما فى القهستانى
* وقال سفيان الثورى تقبيل يد العالم او السلطان العادل سنة فقام عبد الله بن المبارك فقبل رأسه
لكن تقبيل رأس العالم اجود * وقال شرف الائمة لو طلب من عالم او زاهد ان يدفع اليه قدمه ليقبله
لم يجبه * وقيل اجابه لان الصحابة يقبلون اطراف النبى عليه السلام كما فى الاختيار * و فى التنوير
وتقبيل يد نفسه مكروه كتقبيل الارض بين يدى العلماء والسلاطين فانه مكروه والفاعل
والراضى آثمان لانه يشبه عبادة الوثن هذا على وجه التحية فلو كان على وجه العبادة يكفر *
* وكذا من سجد له على وجه التحية لا يكفر ولكن يصير آثما مرتكبا للكبيرة * وفى الظهيرية انه
يكفر بالسجدة مطلقا * وقال شمس الائمة السرخسى السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر

وفي الاختيار ومن اكره على ان يسجد للملك الافضل انه لا يسجد لانه كفر ولو سجد عند السلطان على وجه التحية لا يصير كافرا* وفي القهستاني يكره الايماء في السلام الى قريب الركوع كالسجود* وفي العمادية ويكره الانحناء لانه يشبه فعل المجوس* وفي القهستاني ويكره عند الطرفين لا عند ابي يوسف* وفي القنية قيام الجالس في المسجد لمن دخل عليه تعظيما له وكذا القيام لغيره ليس بمكروه لعينه وانما المكروه محبة القيام ممن يقام له فان لم يحب القيام وقاموا له لا يكره لهم وكذا لا يكره قيام قارئ القرآن لمن يجيء عليه تعظيما له اذا كان ممن يستحق التعظيم وقيل له ان يقوم بين يدي العالم تعظيما له فاما في حق غيره فلا يجوز (ويعزل) المولى ماءه (عن امته) عند الجماع (بلا اذنها) اي الامة لانه لا حق لها في الوطئ (لا) يعزل الزوج (عن زوجته الا باذن) لان لها حقا في الوطئ (ولا تعرض الامة اذا بلغت في ازار واحد) لوجود الاشتهاء والمراد بالازار مايستر بين السرة الى الركبتين لان ظهرها وبطنها عورة فلا يجوز كشفهما

فصل

في بيان احكام (الاستبراء) وهو طلب البراءة مطلقا وهنا طلب براءة الرحم (من ملك امة) رقبة ويدا (بشراء او غيره) كهبة ورجوع عنها او خلع او صلح او كتابة او عتق عبد او صدقة او وصية او ميراث او فسخ بيع بعد القبض او دفع بجناية او نحو ذلك (يحرم عليه) اي على المالك (وطؤها و) يحرم (دواعيه) اي دواعي الوطئ كاللمس والقبلة والنظر الى الفرج لافضائها الى الوطئ او لاحتمال وقوعها في غير ملكه اذا ظهر الحبل وادعاه البائع* هذا رد لمن قال لا يحرم الدواعي لان الوطئ انما حرم لئلا يختلط الماء ويشتبه النسب وهذا معدوم في الدواعي (حتى يستبرئ) المالك (بحيضة فيمن تحيض وبشهر في غيرها) اي يستبرئ بشهر واحد في الصغيرة والآيسة والمنقطعة الحيض فان الشهر قائم مقام الحيض في العدة فكذا في الاستبراء واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام لان القدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل يبطل حكم البدل كالمعتدة بالشهور اذا حاضت* وفي الهداية والاصل فيه قوله عليه السلام في سبايا اوطاس* الا لا توطؤا الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحبالى حتى يستبرئن بحيضة* وهذا يفيد وجوب الاستبراء بسبب احداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحرمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه والولد عن الهلاك وذلك عند تحقق الشغل او توهمه بماء محترم (وفي) امة (مرتفعة الحيض) لآفة بان صارت ممتدة الطهر وهي ممن تحيض (لا باياس) يجب الاستبراء (بثلاثة اشهر) لانها عدة الآيسة والصغيرة ليتبين انها ليست بحامل وفي اكثر المعتبرات لا تفيد في ظاهر الرواية عند الشيخين (وعند محمد باربعة اشهر وعشر) لانها مدة فراغ رحم الحرة المتوفى عنها زوجها (وفي رواية) عن محمد (بنصفها) اي بشهرين وخمسة ايام* وفي المنح نقلا عن الكافي والفتوى عليه لان هذه المدة متى صلحت للتعرف عن شغل يوهم بالنكاح في الاماء فلان يحصل التعرف عن شغل يتوهم بملك اليمين وهو دونه اولى (وفي) الامة (الحامل) الاستبراء (بوضعها) اي

بوضع حملها لما روينا آنفا (ولو) وصلية (كانت) الامة (بكرا) متصل بقوله يحرم (اومشرية من امرأة او) من (مال طفل) بان باع ابوه اووصيه وكذا الحكم اذا اشتراه من مال ولده الصغير كما في الغاية (او ممن يحرم عليه وطؤها) كالمحرم رضاعا اومصاهرة اونحو ذلك ولكن غير ذي رحم محرم حتى لا تعتق الامة عليه وانما حرمت عليه اقامة لتوهم شغل الرحم مقام تحققه لوجود السبب وهو الملك واليد اذ الحكم يدار على السبب * وعن ابي يوسف اذا تيقن بفراغ رحمها من ماء البائع لم يستبرء * وفي الاصلاح في هذا المحل كلام وفي شرح الوقاية لابن الشيخ جواب ان شئت فراجعهما (ويستحب الاستبراء للبائع) اى يستحب لمن يريد بيع امته الموطوءة ان يستبرئها بترك الوطئ تجنبا عن احتمال اشتغال رحمها بمائه اذا اراد بيعها (ولا يجب عليه) لان ملك البائع قائم وهو يقتضى جواز وطئها خلافا لمالك (ولا تكفى) في الاستبراء (حيضة ملكها) المشترى (فيها) اى في الحيضة يعنى لا يعتبر بالحيضة التى اشترى بها في خلال الحيضة لان الواجب عليها الحيضة الكاملة (و لا) تكفى الحيضة (التى) حدثت بعد تملكها بسبب من الاسباب (قبل القبض) اى الامة لانها وجدت قبل علته وهو الملك واليد جميعا فلا يعتبر احدهما (او) التى حاضت بها (قبل الاجازة في بيع الفضولى) اى باعها الفضولى فحاضت قبل الاجازة وان كانت في يد المشترى كما لا يعتبر بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا لانتفاء العلة (وكذا الولادة) اى لا تكفى الولادة التى حصلت بعد سبب الملك قبل القبض لانتفاء العلة خلافا لابي يوسف (وتكفى حيضة وجدت) تلك الحيضة (بعد القبض وهى) اى والحال ان الامة (مجوسية فاسلمت) لانها وجدت بعد سببه وحرمة الوطئ لمانع وقد زال كما في حالة الحيض وكذا المكاتبة بان كاتبها بعد الشراء فعجزت (ويجب) الاستبراء (عند تملك نصيب شريكه) في الامة المشتركة بينهما لان السبب قد تم في ذلك الوقت والحكم يضاف الى تمام العلة (لا) يجب (عند عود) الامة (الآبقة ورد المغصوبة والمستأجرة) على صيغة المفعول (وفك المرهونة) لما مر من انعدام السبب هذا ان ابقت في دار الاسلام ثم رجعت اما ان ابقت الى دار الحرب ثم عادت اليه بوجه من الوجوه فكذلك عند الامام وعندهما يجب عليه الاستبراء (ولا تكره الحيلة لاسقاطه) اى الاستبراء (عند ابى يوسف خلافا لمحمد) اذ عنده مكروهة (واخذ بالاول) اى بعدم كراهة الحيلة (ان علم عدم الوطئ من المالك الاول) في هذا الطهر (و) اخذ (بالثانى) اى بكراهة الحيلة (ان احتمل) الوطئ منه وفي الدرر وبه يفتى (والحيلة) في اسقاطه (ان لم تكن تحته) اى تحت المشترى (حرة ان يتزوجها) اى الامة التى يريد شرائها من سيدها (ثم يشتريها) بعد تسليمها المولى اليه ذكر هذا القيد في الخانية ولابد منه كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح بالشراء فيجب الاستبراء بالقبض بحكم الشراء قبل لا يكفى القبض بل يشترط ان يطأ الزوج قبل الشراء لان ملك النكاح لا يجمع مع ملك اليمين فلا توجد الامة عند الشراء منكوحة ولا معتدة فيجب الاستبراء لتحقق سببه

وهو استحداث حل الوطئ بملك اليمين اما اذا وطئها تصير معتدة فلا يجب الاستبراء (وان كانت تحته حرة فان زوجها البائع) الى شخص ممن يثق به (قبل البيع او) زوجها (المشترى) بشرط ان يكون امرها بيدها (بعد البيع) اى بيع البائع منه (قبل القبض ثم يطلق الزوج) قبل الدخول (بعد الشراء والقبض) ان كان التزويج من البائع قبل البيع (او) بعد (القبض) ان كان التزويج من المشترى بعد البيع قبل القبض يعنى الحيلة ان ينكحها البائع قبل شراء المشترى رجلا عليه اعتماد ان يطلقها ثم يشترى المشترى ثم يطلق الزوج فانه لا يجب الاستبراء لانه اشترى منكوحة الغير ولا يحل وطؤها فلا استبراء فاذا طلقها الزوج قبل الدخول حل على المشترى وحينئذ لم يوجد حدوث الملك فلا استبراء او ينكحها المشترى قبل القبض ذلك الرجل ثم يطلقها الزوج فان الاستبراء يجب بعد القبض وحينئذ لا يحل الوطئ فاذا حل بعد طلاق الزوج لم يوجد حدوث الملك (ومن ملك امتين لا تجتمعان) والجملة صفة امتين كما فى الفرائد لكن فى القهستانى والجملة حال لا صفة بحذف اللتين فانه مما اختلف فيه ولم يجوزه البصرية (نكاحا) كاختين او بنت وامها نسبا او رضاعا (فله) اى للمالك (وطؤ احديهما فقط) لا وطؤهما (ودواعيه) اى دواعى وطئ تلك الواحدة فقط دون وطئ الاخرى ودواعيه كالتقبيل بشهوة والمس بها (فان وطئهما او فعل بهما شيأ من الدواعى حرم عليه وطؤ كل منهما ودواعيه حتى يحرم احديهما) بتمليك او نكاح صحيح لآخر او عتق

فصل

فى البيع (ويكره بيع العذرة) وهى رجيع الآدمى (خالصة) لان العادة لم تجر بالانتفاع بها وانما ينتفع بها برماد او تراب غالب عليها بالالقاء فى الارض فحينئذ يجوز بيعها وعن هذا قال (وجاز) بيعها (او مخلوطة) برماد او تراب (فى الصحيح) وفى التبيين والصحيح عن الامام ان الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز (وجاز بيع السرقين) مطلقا فى الصحيح عندنا لكونه مالا منتفعا به لتقوية الارض فى الانبات وعند الائمة الثلاثة لا يجوز بيع السرقين كالعذرة مطلقا لانها من الانجاس (والانتفاع) من العذرة الخالصة والمخلوطة والسرقين (كالبيع) فى الحكم فما كان بيعه غير جائز يكون الانتفاع به غير جائز وما كان بيعه جائزا يكون الانتفاع به جائزا (ومن رأى جارية رجل مع آخر يبيعها قائلا وكلنى صاحبها به) اى صاحب الجارية ببيعها (او اشتريتها) اى الجارية (منه) اى من صاحبها (او وهبها لى صاحبها او تصدق) صاحبها (بها) اى بالجارية (على ووقع فى قلبه) اى فى قلب الرائى (صدقه) اى صدق البائع القائل بهذه الكلمات (حل له) اى للرائى (شراؤها) اى الجارية (منه) اى من البائع القائل (و) حل له (وطؤها) ايضا بعد الشراء لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد فى المعاملات مقبول على اى وصف كان لما مر وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق لان عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة للحاجة وان كان اكبر رأيه انه كاذب لا يسعه ان يتعرض لشئ من ذلك كما فى الهداية (ويجوز بيع بناء مكة) لكونه ملك من بناه وهذا بالاجماع الا يرى ان من بنى على الارض الوقف جاز

بيعه فهذا كذلك (ويكره بيع ارضها) اى ارض مكة (واجارتها) عند الامام لما روى ان النبى عليه السلام قال* مكة حرام لاتباع رباعها ولا تؤجر بيوتها* ولان الحرم وقف الخليل عليه السلام ولقوله عليه السلام* من اكل اجور ارض مكة فكأنما اكل الربوا* (خلافا لهما) لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعى بها فصار كالبناء وقوله عليه السلام* وهل ترك لنا عقيل من ربع* دليل على ان اراضيها تملك وتقبل الانتقال من ملك الى ملك وقد تعارف الناس بيع اراضيها والدور التى فيها من غير نكير وهو من اقوى الحجج وبه قال الشافعى (وقولهما رواية عن الامام) وفى شرح الكنز للعينى وبه يفتى (ويكره الاحتكار فى اقوات الآدميين) كالبر ونحوه (والبهائم) كالشعير والتبن (فى بلد يضر باهله) لانه تعلق به حق العامة قيد بقوله يضر باهله لانه لو كان المصر كبيرا لا يضر باهله فليس بمحتكر لانه حبس ملكه ولا ضرر فيه لغيره (وعند ابى يوسف) لا يختص بالاقوات بل يكره الاحتكار (فى كل ما يضر احتكاره بالعامة ولو) وصلية كان (ذهبا او فضة او ثوبا) او نحو ذلك لانه اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر فى الكراهة وعند محمد لا احتكار فى الثياب واختلفوا فى مدة حبس القوت المكروه وقيل هى اربعون يوما لقوله عليه السلام* من احتكر اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه* وقيل شهر لان ما دونه قليل عاجل كما مر هذا فى حق المعاقبة فى الدنيا لكن الاثم يلزم فى مدة قليلة لكون التجارة غير محمودة فى الطعام (واذا رفع الى الحاكم حال المحتكر امره) اى القاضى المحتكر (ببيع ما يفضل عن حاجته) اى عن قوته وقوت عياله ودوابه (فان امتنع) المحتكر عن البيع حبسه القاضى وعزره (باع عليه) وقيل لا يبيع عند الامام وعندهما يبيع وقيل يبيعه بالاجماع وهو الصحيح كما فى المنح وغيره فلهذا اتى بصورة الاتفاق (ولا احتكار فى غلة ضيعته) لانه خالص حقه (ولا فيما جلبه من بلد آخر) عند الامام لعدم تعلق اهل بلد بطعام بلد آخر (وعند ابى يوسف يكره) ان يحبس ما جلبه من بلد آخر لاطلاق قوله عليه السلام* من احتكر فهو خاطئ (وكذا) يكره (عند محمد ان كان يجلب منه الى المصر عادة) فهو بمنزلة فناء المصر لتعلق حق العامة بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة (وهو) اى قول محمد (المختار) هذا لم يوجد فى الكتب التى اخذ المصنف مسائل كتابه منها كما فى الفرائد (ويجوز بيع العصير) اى عصير العنب (ممن) يعلم انه (يتخذه خمرا) لان المعصية لا تقوم بنفس العصير بل بعد تغيره فصار عند العقد كسائر الاشربة من عسل ونحوه بخلاف بيع السلاح من اهل الفتنة لان المعصية تقوم بعينه (ولو باع مسلم خمرا واوفى دينه من ثمنها كره لرب الدين اخذه) يعنى كان لمسلم دين على مسلم فباع الذى عليه دين خمرا واخذ ثمنها واوفى به الدين لا يحل للدائن ان يأخذ ثمن الخمر بدينه (وان كان المديون ذميا لا يكره) والفرق ان البيع فى الوجه الاول باطل لان الخمر ليس بمال متقوم فى حق المسلم فبقى الثمن على ملك المشترى فلا يحل اخذه وفى الوجه الثانى ان البيع صحيح لانه مال متقوم فى حق الكافر فيملكه البائع فيحل الاخذ منه (ويكره) التسعير *لقوله عليه السلام* لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق*

ولان الثمن حق العاقد فلا ينبغي له ان يتعرض لحقه (الا اذا تعدى ارباب الطعام في القيمة تعديا فاحشا) كالضعف وعجز الحاكم من صيانة حقوقهم الا بالتسعير (فلا بأس) حينئذ (به) اى بالتسعير (بمشورة اهل الخبرة) اى اهل الرأى والبصر لان فيه صيانة حقوق المسلمين من الضياع فان باع باكثر مما سعره اجازه القاضي قيل اذا خاف البائع ان يضربه الحاكم ان نقص من سعره لا يحل ماباعه لكونه في معنى المكره *فالحيلة فيه ان يقول له المشترى بعنى ماتحبه فحينئذ باى شئ باع يحل كما فى الاختيار وغيره لكن فى الهداية وغيرها ومن باع منهم بما قدر الامام صح لانه غير مكره على البيع وان لم يوجد الرضى فى التقدير فالمشترى اذا وجد المبيع ناقصا منه له ان يرجع على البائع بالنقصان لان القدر المعروف كالمشروط (ويجوز شراء مالابد للطفل منه) مثل النفقة والكسوة (وبيعه) اى بيع مالابد للطفل من بيعه (لاخيه وعمه وامه وملتقطه ان هو) اى الطفل (فى حجرهم) وقال الشافعى ومالك لايجوز شراؤهم وبيعهم له الا بامر الحاكم (و توجره) اى الطفل (امه فقط) اذا كان فى حجرها لانها تملك اتلاف منافعه بغير عوض بان تستخدمه فتملك اتلافها بعوضه والاجارة بالاولوية دون الاخ والعم والملتقط فانهم لا يملكون اتلاف منافعه ولو فى حجرهم *هذه رواية الجامع *الصغير وفى رواية القدورى يجوز ان يوجره الملتقط ويسلمه فى صناعة فجعله من النوع الاول وهذا اقرب لان فيه ضرورة ونفعا محضا للصغير واما الاب والجد ووصيهما فانهم يتملكون التصرف بحكم الولاية ولهذا لا يشترط ان يكون فى ايديهم وحجرهم

فصل

فى المتفرقات (تجوز المسابقة بالسهام والخيل والحمير والبغال والابل والاقدام) لقوله عليه السلام لاسبق الا فى خف او نصل او حافر *والمراد بالخف الابل وبالنصل الرمى وبالحافر الفرس والبغل وفى الحديث *سابق رسول الله وابو بكر وعمر فسبق رسول الله *ولانه يحتاج اليه فى الجهاد للكر والفر وكل ماهو من اسباب الجهاد فتعلمه مندوب اليه سعيا فى اقامة هذه الفريضة وعن النبى عليه السلام لاتحضر الملائكة شيأ من الملاهى سوى النضال والرهان (فان شرط فيها) اى فى المسابقة (جعل من احد الجانبين) مثل ان يقول احدهما لصاحبه ان سبقتنى اعطيك كذا وان سبقتك لا آخذ منك شيأ (او) شرط فيها جعل (من ثالث لاسبقهما) مثل ان يقول ثالث للمسابقين ايكما سبق له على كذا (جاز) لانه تحريض على آلة الحرب والجهاد لقوله عليه السلام *المؤمنون عند شروطهم *وفى القياس لايجوز لانه تعلق المال بالخطر وعند الائمة الثلاثة لايجوز فى الاقدام (وان) شرط (من كلا الجانبين يحرم) بان يقول ان سبق فرسك اعطيتك كذا وان سبق فرسى فاعطنى كذا لانه يصير قمارا والقمار حرام (الا ان يكون بينهما) فرس (محلل كفؤلهما) اى لفرسيهما يتوهم انه يسبقهما (ان سبقهما اخذ) الجعل (منهما وان سبقاه لايعطيهما) شيأ او بالعكس يعنى شرط انهما لو سبقاه يعطيهما ولو سبقهما لايأخذ شيأ منهما كما فى التسهيل (و فيما بينهما ايهما سبق اخذ) المال المشروط (من الآخر) لان بالمحلل خرج من ان يكون قمارا فيجوز وان لم يكن الفرس المحلل مثلهما لم يجز لانه لافائدة فى ادخاله بينهما فلم يخرج

حينئذ من ان يكون قارا (وعلى هذا لو اختلف) طالبان (اثنان في مسئلة واراد الرجوع الى شيخ) فاضل (وجعلا على ذلك جعلا) قال في المنح لو وقع الاختلاف بين اثنين وشرط احدهما لصاحبه انه كان الجواب كما قلت اعطيتك كذا وان كان كما قلت لا آخذ منك شيأ فهذا جائز لانه لما جاز في الافراس لمعنى يرجع الى الجهاد يجوز هنا للحث على الجهد في طلب العلم لان الدين يقوم بالعلم كما يقوم بالجهاد (ووليمة العرس سنة) قديمة وفيها مثوبة عظيمة (و من دعى) اليها (فليجب وان لم يجب اثم) لقوله عليه السلام *من لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله* فان كان صائما اجاب ودعا وان لم يكن صائما اكل ودعا وان لم يأكل اثم وجفا كما في الاختيار (ولا يرفع منها) اي من الوليمة (شيأ ولا يعطى سائلا الا باذن صاحبها)لان الاذن في الاكل دون الرفع والاعطاء (وان علم المدعو ان فيها لهوا لا يجيب) سواء كان ممن يقتدى به اولا لانه لا يلزمه اجابة الدعوة اذا كان هناك منكرا قال علي رضي الله عنه * صنعت طعاما فدعوت رسول الله عليه السلام فرأى في البيت تصاوير فرجع* بخلاف ما هجم عليه لانه قد لزمه (وان لم يعلم) ان ثمة لهوا (حتى حضر فان قدر على المنع فعل) المنع لانه نهي عن منكر (والا) اي وان لم يقدر عليه (فان كان مقتدى به اوكان اللهو على المائدة فلا يقعد)لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين وقال تعالى * فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين (والا) اي وان لم يكن مقتدى به ولم يكن اللهو على المائدة (فلا بأس بالقعود)والصبر فصار كتشييع الجنازة اذا كان معها نياحة حيث لا يترك التشييع والصلاة عليها لما عندها من النياحة كذا هنا (قال الامام ابتليت به) اي باللهو (مرة فصبرت وهو) اي قول الامام (محمول على ماقبل ان يصير مقتدى) اذقد عرفت انه لا رخصة للمقتدى (ودل قوله ابتليت على حرمة كل الملاهى) حتى التغني بضرب القضيب (لان الابتلاء انما يكون بالمحرم) قيل ان الابتلاء لا ينفك عن الشر ولو في المآل فلا يرد ماقال في الاصلاح من انه وفيه نظر لان الابتلاء يستعمل فيما هو محظور العواقب ولو كان مباحا ومنه قوله عليه السلام *من ابتلى بالقضاء* الحديث اه لان الابتلاء يستعمل فيما يوجد فيه الشر كما هنا وفيما يفضى اليه غالبا كما في القضاء ولذا قالوا هنا دل هذا على حرمة كل الملاهى ولم يقولوا دل على حرمة كل ما يطلق عليه كما في شرح الوقاية لابن الشيخ قيل الصبر على الحرام لاقامة السنة لا يجوز يقال الظاهر انه يجلس معرضا عن اللهو منكر اله غير مشتغل ولا متلذذ به فلم يتحقق منه الجلوس على اللهو فعلى هذا لا يكون مبتلى بحرام (والكلام منه) اي بعضه (مايوجر به كالتسبيح ونحوه) كالتحميد والتكبير والتهليل والصلاة على النبي عليه السلام والاحاديث النبوية وعلم الفقه قال الله تعالى *والذاكرين الله كثيرا والذاكرات* الآية (وقد يأثم به) اي بالتسبيح ونحوه (اذا فعله في مجلس الفسق وهو يعلمه) لما فيه من الاستهزاء والمخالفة لموجبه (وان قصد به) اي بنحو التسبيح (فيه) اي في مجلس الفسق (الاعتبار) والاتعاظ (والانكار) لافعال الفاسقين وان يشتغلوا اعماهم فيه من الفسق (فحسن) وكذا من سبح في السوق بنية ان

الناس غافلون فلعلهم تنبهوا للآخرة فهو افضل من تسبيحه في غير الجامع قال عليه السلام * اذكر الله في الغافلين كالمجاهد في سبيل الله * كما في الاختيار (ويكره فعله للتاجر عند فتح متاعه) بان يقول عند فتح المتاع لا اله الا الله او سبحان الله او يصلي على محمد فانه يأثم لانه يكون لامر الدنيا بخلاف الغازي او العالم اذا كبر او هلل عند المبارزة و في مجلس العلم لانه يقصد به التعظيم والتفخيم واظهار شعائر الدين (و) يكره (الترجيع بقراءة القرآن و) كذا يكره (الاستماع اليه) لانه تشبه بفعل الفسقة حال فسقهم وهو التغني ولم يكن هذا في الابتداء ولهذا كره في الاذان (وقيل لا بأس به) لقوله عليه السلام * زينوا القرآن باصواتكم * (وعن النبي عليه السلام انه كره رفع الصوت عند قراءة القرآن والجنازة) وفي البزازية ويكره رفع الصوت بالذكر ويذكر في نفسه وقد جاء * سبحان من قهر عباده بالموت وتفرد بالبقاء سبحان الحي الذي لا يموت * (والزحف) اي الحرب (والتذكير) اي الوعظ (فما ظنك به) اي برفع الصوت (عند استماع (الغناء) المحرم (الذي يسمونه وجدا) والظاهر ان الموصول مع صلته صفة لقوله الغناء لكن في تسميتهم الغناء وجدا بحث تدبر * وفي التسهيل في الوجد مراتب وبعضه يسلب الاختيار فلا وجه للانكار بلا تفصيل اه * وفي القنية ولا بأس باجتماعهم على قراءة الاخلاص جهرا عند ختم القرآن ولو قرأ واحد واستمع الباقون فهو اولى (وكره الامام القراءة عند القبر) لان اهل القبر جيفة * وكذا يكره القعود على القبر لانه اهانة (وجوزها) اي القراءة عند القبر (محمد وبه) اي بقول محمد (اخذ) للفتوى لما فيه من النفع لورود الآثار بقراءة آية الكرسي وسورة الاخلاص والفاتحة وغير ذلك عند القبور ومذهب اهل السنة والجماعة ان للانسان ان يجعل ثواب عمله لغيره ويصلي وقدم في الحج ويؤيده ما قال في كتاب المسمى بالحجج من انه اخبرنا سفيان الثوري قال حدثنا عمران بن ابي عطاء قال شهدت محمد بن حنفية صلى على ابن عباس فكبر عليه اربعا وادخله من قبل القبلة وضرب عليه فسطاط ثلاثة ايام اه وظاهر ان ضرب الفسطاط ليس الا لاجل القراءة لا غير * وفي التنوير تطيين القبور لا يكره في المختار وفي القهستاني ويستحب زيارة القبور فيقوم بحذاء الوجه قريبا و بعيدا كما في الحياة فيقول عليكم السلام يا اهل القبور ويدعو وهو مستقبل القبلة وقيل الدعاء قائما اولى * وقال السرخسي لا بأس بالزيارة للنساء على الاصح (ومنه) اي من بعض الكلام (ما لا اجر فيه ولا وزر نحو قم واقعد) ونحوهما الا انه ليس بعبادة ولا معصية (وقيل لا يكتب عليه) ولانه لا اجر عليه ولا عقاب وعن محمد ما يدل عليه وعن ابن عباس انه قال * ان الملائكة لا تكتب الا ما كان فيه اجر او وزر * وقيل يكتب ثم يمحو ما لا جزاء فيه ويبقى ما فيه جزاء ثم قيل يمحو في كل اثنين وخميس وفيهما تعرض الاعمال والاكثرون على انها تمحو يوم القيامة كما في الاختيار (ومنه) اي بعضه (ما يأثم به كالكذب والغيبة والنميمة والشتيمة) لان كل ذلك معصية حرام بالنقل والعقل * وكذا التملق فوق العادة لان التملق مذموم بخلاف التواضع لانه محمود وفي التنوير ويكره الكلام في المسجد وخلف الجنازة وفي الخلاء وفي حالة الجماع (والكذب حرام الا في الحرب

الخدعة وفى الصلح بين اثنين وفى ارضاء الاهل وفى دفع الظالم عن الظلم) لانا امرنا بهذا فلا يبالى فيه الكذب اذا كانت نيته خالصة (ويكره التعريض به) اى بالكذب (الا لحاجة) كقولك لرجل كل فيقول اكلت يعنى امس فلا بأس به لانه صادق فى قصده وقيل يكره لانه كذب فى الظاهر (ولا غيبة لظالم) يؤذى الناس بقوله وفعله قال عليه السلام * اذكروا الفاجر بما فيه لكى يحذره الناس* (ولا اثم فى السعى به) اى بالظالم الى السلطان ليزجره لانه من باب النهى عن المنكر ومنع الظلم (ولا غيبة الا لمعلوم فاغتياب اهل قرية ليس بغيبة) لانه لا يريد به جميع اهل القرية وكان المراد هو البعض وهو مجهول فصار كالقذف *وفى التنوير وكما تكون الغيبة باللسان تكون الغيبة بغمز العين والاشارة باليد وكذا الرمز والكتبة والحركة وكل ما يفهم منه المقصود فهو داخل فى الغيبة وهو حرام وفى الدرر رجل يذكر مساوى اخيه المسلم على وجه الاهتمام لا يكون غيبة انما الغيبة ان تذكر على وجه الغضب يريد السلب (ويحرم اللعب بالنرد والشطرنج) وقدمر تفصيلهما فى الشهادة (والاربعة عشر) وهو لعب يستعمله اليهود (وكل لهو) لقوله عليه السلام* كل لعب ابن آدم حرام* الحديث وفى البزازية استماع صوت الملاهى معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها كفر اى بالنعمة (ويكره استخدام الخصيان) بكسر الخاء المعجمة وسكون الصاد جمع خصى على وزن فعيل لان فيه تحريض الناس على الخصاء الذى هو مثلة وقد نهى عنها (و) يكره (وصل الشعر بشعر آدمى) سواء كان شعرها او شعر غيرها لقوله عليه السلام* لعن الله الواصل والمستوصلة* الحديث (و) يكره (قوله فى الدعاء اسألك بمعقد العز من عرشك) بتقديم العين او بتقديم القاف عند الطرفين لان الكراهة فى القول الثانى ظاهرة لاستحالة القعود وكذا فى الاول لانه يوهم تعلق عزه بالعرش المحدث والله بجميع صفاته قديم (خلافا لابى يوسف) فانه يجوز الاول عنده لدعاء مأثور وهو* اللهم انى اسئلك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة * وبه اخذ ابو الليث والائمة الثلاثة وقيل وجه الجواز جواز جعل العز صفة للعرش العظيم كما وصف بالمجد والكرام (و) يكره (قوله اسألك بحق انبيائك ورسلك) او بحق البيت او بحق المشعر الحرام اذ لا حق لاحد على الله تعالى وانما يختص برحمته من يشاء من غير وجوب عليه (واستماع الملاهى حرام) والمناسب ان يذكر بعد قوله وكل لهو (ويكره تعشير المصحف) والتعشير ان يجعل على كل عشر آيات من القرآن العظيم علامة (ونقطه) بفتح النون اى نقط المصحف وهو اظهار اعرابه لقول ابن مسعود رضى الله تعالى عنه * جردوا المصاحف * (الا للعجم) الذى لا يحفظ القرآن ولا يقدر على القراءة الا بالنقط (فانه) اى النقط (حسن) خصوصا فى هذا الزمان فالمروى مخصوص بزمانهم لانهم كانوا يتلقونه عن النبى عليه السلام كما انزل وكانت القراءة سهلا عليهم لكونهم اهلا فيرون النقط مخلا لحفظ الاعراب والتعشير مخلا لحفظ الآى ولا كذلك العجمى وعلى هذا لا بأس بكتب اسامى السور وعد الآى

(فهو)

فهو وان محدثا فمستحسن وكم من شئ يختلف باختلاف الزمان والمكان (ولا بأس بتحليته) اى المصحف لما فيها من تعظيه كما فى نقش المسجد وتزينه * وفى القنية ينبغى لمن اراد كتابة القرآن ان يكتبه باحسن خط وابينه على احسن ورقة وابيض قرطاس بافخم قلم وابرق مداد ويفرج السطور ويفخم الحروف ويضخم المصحف ومن الامام انه يكره ان يصغر المصحف وان يكتب بقلم دقيق وكذا لا بأس بقبلة المصحف لان ابن عمر كان يأخذ المصحف كل غداة ويقبله ويقول * عهد ربى ومنشور ربى عزوجل * كما فى القنية (ولا بأس بدخول الذمى المسجد الحرام) وقال مالك يكره ذلك فى كل مسجد وقال الشافعى واحد يكره فى المسجد الحرام (ولا) بأس (بعيادته) اى عيادة الذمى اذا مرض بالاجماع لان فيه اظهار محاسن الاسلام وكذا عيادة فاسق فى الاصح وفى التنوير ويسلم على الذمى ولا يزيده على قوله وعليك ان رد عليه (ويجوز اخصاء البهائم) منفعة للناس لان لحم الخصى طيب قيل الصواب خصاء البهائم اذ يقال خصاه اذا نزع خصيتيه (و) يجوز (انزاء الحمير على الخيل) اذ لو كان هذا الفعل حراما ما ركب النبى عليه السلام البغلة لما فيه من فتح بابه (و) يجوز (الحقنة للرجال والنساء) للتداوى بالاجماع اولاجل الهزال اذا فحش يفضى الى السهل ولا جناح اذا كان يعتقد ان الشافى هو الله دون الدواء (لا) تجوز الحقنة (بمحرم كالخمر ونحوها) قيل يجوز التداوى بالمحرم كالخمر والبول ان اخبره طبيب مسلم ان فيه شفاء والحرمة ترتفع بالضرورة فلم يكن متداويا بالحرام فلم يتناوله حديث النهى كما فى حاشية اخى چلبى لكن فيه كلام لا يخفى تأمل (ولا بأس برزق القاضى) من بيت المال (كفايه) يعنى يعطى منه ما يكفيه واهله فى كل زمان سواء كان غنيا فى الاصح او فقيرا (بلا شرط) اذ لو شرط يكون استئجارا باجر على افضل طاعة وذا لا يجوز هذا اذا كان بيت المال حلالا جمع بحق وان كان حراما جمع من باطل لم يحل اخذه وقدمر تفصيله فى القضاء (ولا بأس بسفر الامة وام الولد بلا محرم) لان الاجنبى فى الامة بمنزلة المحارم فى النظر والمس عند الاركاب وكذا ام الولد لقيام الرق فيها وكذا المكاتبة ومعتق البعض عند الامام والفتوى على انه يكره فى زماننا لغلبة اهل الفساد (والخلوة بها) اى ولا بأس بالخلوة بالامة (قيل تباح) اعتبارا بالمحارم (وقيل لا) تباح لعدم الضرورة (ويكره جعل الراية) اى جعل الطوق الحديد الثقيل المانع من تحريك الرأس (فى عنق العبد) لانه عقوبة الكفار فيحرم كالاحراق بالنار وفى النهاية لا بأس فى زماننا لغلبة التمرد والفرار (لا) يكره (تقييده) احترازا عن الاباق والتمرد وهو سنة المسلمين فى الفساق (ويكره ان يقرض بقالا درهما ليأخذ منه) اى من البقال (به) اى بالدرهم (ما يحتاج) من الطعام وغيره (الى ان يستغرقه) اى الدرهم فانه قرض جر نفعا وهو منهى عنه وينبغى ان يودعه اياه ثم يأخذ منه شيأ فشيأ وان ضاع فلا شئ عليه لان الوديعة امانة (والسنة تقليم الاظافير) وفى الدرر رجل وقت لقلم اظافيره وحلق رأسه يوم الجمعة قال وان كان يرى جواز ذلك فى غير الجمعة واخره الى يومها تأخيرا فاحشا كان

مكروها لان من كان ظفره طويلا يكون رزقه ضيقا وان لم يجاوز الحد واخره تبركا بالاخبار فهو مستحب لما روى عن النبي عليه السلام انه قال * من قلم اظافيره يوم الجمعة اعاذه الله من البلايا الى الجمعة الاخرى * وزيادة ثلاثة ايام وينبغي ان يدفنه وان القاه فلا بأس به ويكره القاؤه في الكنيف والمغتسل (و) السنة (نتف الابط وحلق العانة والشارب) وفي القنية ويستحب حلق عانته وتنظيف بدنه بالاغتسال في كل اسبوع مرة فان لم يفعل ففي خمسة عشر يوما مرة ولا عذر في تركه وراء اربعين (وقصه) اى الشارب (حسن) وفي حق الغازي في دار الحرب ان توفير شاربه مندوب اليه (ولا بأس بدخول الحمام للرجال والنساء اذا اتزر) الداخل فيه (وغض بصره ويستحب اتخاذ الاوعية لنقل الماء الى البيوت) لحاجة الوضوء والشرب للنساء لانهن نهين عن الخروج فيلزم كسائر حاجاتها (وكونها) اى الاوعية (من الخزف افضل) وفي الحديث من اتخذ اواني بيته خزفا زارته الملائكة ويجوز اتخاذها من نحاس او رصاص او شبه او ادم (ولا بأس بستر حيطان البيت باللبود) جمع اللبد (للبرد) (لان فيه منفعة (ويكره للزينة * وكذا ارخاء الستر على البيت) يعني لا يكره (اذا كان لدفع البرد ويكره ان للتكبر) واذا ادى الفرائض من النفقة والكسوة وغيرهما (واحب ان يتنعم بمنظر حسن وجوار جميلة فلا بأس به)لان النبي عليه السلام تسرى مارية ام ابراهيم عليه السلام مع ما كان عنده من الحرائر والاصل فيه قوله تعالى * قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده(* والقناعة بادنى الكفاية وصرف الباقي الى ما ينفع في الآخرة اولى) لان ما عند الله خير وابقى

كتاب احياء الموات

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز ان يكون من حيث ان مسائل هذا الكتاب ما يكره ولا يكره ومن محاسنه التسبيب في الخصب في اقوات الانام ومشروعيته بقوله عليه السلام * من احيي ارضا ميتة فهي له * وشروطه ستذكر في اثناء الكلام وسببه تعلق البقاء المقدور وحكمه تملك المحيي ما احياه كما في العناية الموات لغة حيوان مات وسمي به ارض لا مالك لها ولا ينتفع بها بالموت تشبيها بالحيوان اذا مات وبطل الانتفاع به فالمراد من الاحياء عرفا التصرف والانتفاع بان يبنى فيها بناء او يزرع فيها او يغرس فيها شجرا ونحو ذلك وشرعا (هي) اى الموات بفتح الميم وضمها على وزن فعال من الموت (ارض لا ينتفع بها) اى بالارض لانقطاع مائها اصلا او عارضا بحيث لا يرجى عوده او لغلبة الماء عليها او نحوهما مما يمنع الانتفاع مثل غلبة الرمل والحجر والشوك ومثل ان يكون الارض مالحة او غيرها (عادية) اى قديمة غير مملوكة لاحد من زمان بعيد ولذا نسبت الى عاد (او مملوكة في الاسلام) لكن (ليس لها) اليوم (مالك معين مسلم اوذمي) سواء كان فيها آثار العمارة اولا فان حكمها كالموت حيث يتصرف فيها الامام كما يتصرف في الموات لكن اوظهر لها مالك يرد عليه ويضمن نقصانها ان نقصت بالزراعة والافلا * وعن محمد لا يحيى ما له آثار العمارة ولا يؤخذ منه التراب كالقصور الخربة كما في القهستاني * قيد بما ليس لها مالك لانها اذا كانت مملوكة لمسلم اوذمي لم يكن مواتا وان مضت عليه

القرون وصارت خربة* وفي الذخيرة ان الاراضي التي انقرض اهلها كالموات وقيل كاللقطة (وعند محمد ان ملكت في الاسلام لاتكون مواتا) علم لها مالك معين اولا بل تكون لجماعة المسلمين (ويشترط عند ابي يوسف كونها) اي الارض (بعيدة عن العامر) اي البلد والقرية فان العامر بمعنى المعمور لان الظاهر ان مايكون قريبا من القرية لاينقطع احتياج اهلها اليه كرعي مواشيهم وطرح حصائدهم فلايكون مواتا وحد البعيد ان يكون في مكان بحيث (لو صيح من اقصاه) اي لو وقف انسان اقصى العامر فصاح باعلى صوته (لايسمع فيها) فانه موات وان كان يسمع فليس بموات وفي رواية عنه ان البعد قدر غلوة كما في الذخيرة (وعند محمد) يشترط (ان لاينتفع بها) اي بالارض (اهل العامر) من حيث الاحطاب والاحتشاش الى غير ذلك (ولو) وصلية (قريبة منه) اي من العامر حتى لايجوز احياء ماينتفع به اهل قرية وان كان بعيدا ويجوز احياء مالاينتفعون به وان كان قريبا من العامر وبه قالت الائمة الثلاثة وشمس الائمة اعتمد قول ابي يوسف كما في التبيين وفي القهستاني وبقول محمد يفتي كما في زكاة الكبرى وهو ظاهر الرواية كما في شرح الطحاوي والمفهوم من كلام صاحب التسهيل ان قول الامام كقول ابي يوسف في اشتراطه البعد حيث قال اعتبر محمد عدم الانتفاع لا البعد خلافا لهما (من احياها) اي الموات (باذن الامام) او نائبه (ولو) وصلية (ذميا ملكها) اي ملك المحيي الموات (وبلا اذنه) اي بلا اذن الامام او نائبه (لا) يملكها عند الامام (خلافا لهما) فان عندهما يملكها بدون الاذن لانها كانت مباحة ويده سبقت اليها بالخصوص فيملكها كما في الحطب والصيد وبه قالت الائمة الثلاثة الا عند مالك لو تشاحا اهل العامر يعتبر الاذن والا و للامام ان الارض مغنومة لاستيلاء المسلمين عليها فلم يكن لاحد ان يختص بدون اذن الامام كسائر المغانم* وفي القهستاني وان كان مستأمنا فلا يملكها اصلا بالاتفاق وفي التبيين ولو تركها بعد الاحياء وزرعها غيره قيل الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها دون رقبتها والاصح ان الاول احق بها لانه ملك رقبتها بالاحياء فلايخرج عن ملكه بالترك ولو احيى ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب تعين طريق الاول في الارض الرابعة في المروي عن محمد لانه لما احيى الجوانب الثلاثة تعين الجانب الرابع للاسترداد ويملك الذمي بالاحياء كالمسلم لانهما لايختلفان في سبب الملك اه (ولايجوز احياء ماقرب من العامر بل يترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصادهم) لتحقق حاجتهم اليه تحقيقا او تقديرا فصار هم كالنهر والطريق وعلى هذا قالوا ليس للامام ان يقطع به مالاغناء للمسلمين عنه كالملح والابآر التي يستقي منها الماء كما في التبيين لكن بين هذا بين مانقل آنفا عنه وهو قوله ويجوز احياء مالاينتفعون به وان كان قريبا من العامر وقول المصنف وعند محمد ان لاينتفع بها اهل العامر ولو قريبة منه مخالفة لان مقتضاهما ان يجوز احياء ماقرب من العامر على تقدير عدم انتفاعهم بها تتبع (ولا) يجوز احياء (ما) اي محل (عدل) اي رجع (عنه) ماء (الفرات ونحوها) كدجلة والشط وغيرهما (واحتمل عوده اليه) لحاجة العامة الى كونه

ذلك عادة في بطنه والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر * وله ان الحريم ثبت في البئر بالنص على خلاف قياس فيقتصر على مورده ولان الحاجة في البئر اكثر لانه لا يمكن الانتفاع بماء البئر بدون الاستقاء والاستقاء الا بالحريم واما النهر فيمكن الانتفاع بمائه بدون الحريم * وفي الشمني وانما اختلف الامام وصاحباه في موضع الاشتباه وهو ان يكون النهر موازيا للارض ولا فاصل بينهما وان لا يكون الحريم مشغولا بحق احدهما كالغرس حتى لو كان مشغولا بحق احدهما كان احق به بالاتفاق اه * وانما قلنا هو مجرى كبير لان المجرى لو كان صغيرا يحتاج الى الكرى في كل وقت فله الحريم بالاتفاق كما في الكفاية (وهو) اى قول محمد (الارفق) بالناس الذين هم اهل النهر كما في الهداية وغيرها وفي القهستاني نقلا عن الكرماني والفتوى على قول ابي يوسف (فالمسناة) مبتدأ خبره قوله الآتي لصاحب الارض وتفريع على الخلاف المذبور يعني المسناة التي (بين النهر) اى بين نهر رجل صفة المسناة (والارض) اى وارض الآخر (و) الحال انها (ليست في يد احد) منهما بان لم يكن عليها غرس ولا طين ملقى لواحد منهما والا فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد وان كان لكل واحد منهما يد فيشتركان فيها ولو كان عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف (لصاحب الارض) هذا عند الامام اذ لا حريم للنهر عنده (فلا يغرس فيها صاحب النهر ولا يلقى عليها طينه ولا يمر) لكونها تعديا منه في حق مالكها (وقيل له) اى لصاحب النهر (المرور والقاء الطين) فيها (ما لم يفحش) وهو الصحيح كما في التبيين وغيره لا يبطل بذلك حق صاحب الارض وبذلك جرت العادة ولكن لا يغرس فيه الا المالك (وعندهما هي) اى المسناة (لرب النهر فله ذلك) اى الغرس والالقاء والمرور بناء على اصلهما كما مر آنفا و (قال الفقيه ابو جعفر اخذ بقول الامام في الغرس وبقولهما في القاء الطين) فلا يغرس فيها صاحب النهر كيلا يبطل حق مالكها ولكن يلقي الطين للحاجة والضرورة (ومن غرس شجرة في ارض موات فله حريمها خمسة اذرع من كل جانب) كما جزم به في المختار حيث قال ولو غرس شجرة في ارض موات فحريمها من كل جانب خمسة اذرع ليس لغيره ان يغرس فيه اه (يمنع غيره من الغرس فيه) لانه يحتاج الى الحريم لجزاز ثمره والوضع فيه

فصل في الشرب

لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وفي القهستاني الشرب بالكسر اسم المصدر فهو لغة الماء المشروب واليه اشار بقوله (هو) اى الشرب (النصيب) قال الله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم اى نصيب (من الماء) اى الحظ المعين من الماء الجاري او الراكد للحيوان او الجماد وشريعة زمان الانتفاع بالماء سقيا للزرع او الدواب (والشفة شرب بني آدم) اى استعمالهم الماء لدفع العطش او الطبخ او الوضوء او الغسل او غسل الثياب او نحوها (و) شرب (البهائم) اى استعمالهن الماء للعطش ونحوه مما بنا سبهن والبهيمة ما لا نطق له وذلك لما في صوته من الابهام لكن يخص التعارف بما عدا السباع والطير كما في

لعدم تعلقه بما وراءه (فان حفر احد) بئرا (فيه) اى فى داخل الحريم (ضمن) بالتشديد الاول للثانى (النقصان) لتعدى الثانى بتصرفه فى ملك غيره وطريق معرفة النقصان ان يقوم الاولى قبل حفر الثانية وبعده فيضمن نقصان مابينهما (ويكبس) الاول بنفسه اى يملئها بالتراب كما اذا هدم جدار غيره فانه لايؤمر بان يبنى جداره بل يضمن قيمة بنائه ثم يبنى بنفسه هو الصحيح كما فى الهداية وقيل لايضمنه النقصان وان يأخذه بكبس مااحتفره لان ازالة جناية حفره عليه كما فى الكناسة يلقيها فى دار غيره فانه يؤخذ برفعها وماعطب فى الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعد اما ان كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما والعذر للامام انه يجعل الحفر تحجيرا وهو تسبيل منه بغير اذن الامام والتحجير لايكون تعديا فلا يضمن بالاتفاق وان كان لايملكه بدون الاذن وماعطب فى الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر فى ملك غيره كما فى الهداية (وان حفر) بئرا بامر الامام (فيما وراءه) اى فى غير حريم الاول قريبة منه فذهب ماء البئر الاولى وعرف ان ذهابه من حفر الثانى (فلا ضمان) عليه لانه غير متعد فيما صنع والماء تحت الارض غير مملوك لاحد فليس له ان يخاصمه فى تحويل ماء بئره الى البئر الثانى كالتاجر اذا كان له حانوت فاتخذ آخر بجنبه حانوتا لمثل تلك التجارة فكسدت تجارة الاول بذلك لم يكن له ان يخاصم الثانى كما فى الدرر (وله) اى للذى حفر فيما وراء الحريم متصلا بحريم البئر الاولى (الحريم) من الجوانب الثلاثة (مما) اى من جانب (سوى حريم) الحافر (الاول) لسبق ملك الحافر الاول فيه وان اراد التوسعة عليه حفر بعيدا من حريم البئر الاولى (وللقناة) اى مجرى الماء تحت الارض (حريم بقدر مايصلحها) اى يحتاج اليه لالقاء الطين ونحوه عند الامام (وقيل لاحريم لها مالم يظهر ماؤها) عنده لكونها جوف الارض كالنهر وقيل انه مفوض الى رأى الامام كما فى الاختيار (وعندهما هى) اى القناة (كالبئر) فى استحقاق الحريم (وان ظهر ماؤها) اى ماء القناة (فهى كالعين) الفوارة (اجماعا) فيقدر حريمها بخمسمائة ذراع (ولاحريم لنهر) فهو مجرى كبير لايحتاج الى الكرى فى كل حين (فى ارض الغير الا بحجة) اى من كان له نهر فى ارض غيره فليس له حريم عند الامام الا ان يقيم بينة على ثبوت الحريم له (وعندهما له) اى للنهر (مسناة) اى مسناة نهره لان يمشى عليها ويلقى طينه عليها قيل هذه المسئلة بناء على من احيى نهرا فى ارض موات باذن الامام لايستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لكن المحققين من مشايخنا قالوا ان له الحريم بالاتفاق بقدر مايحتاج اليه لالقاء الطين ونحوه وهو الصحيح كما فى القهستانى نقلا عن التتمة وهذا الحريم (بقدر نصف عرضه من كل جانب عند ابى يوسف) لان المعتبر الحاجة الغالبة وذلك بنقل ترابه الى حافتيه فيكفى ماذكرناه (وبقدر عرضه عند محمد) من كل جانب لانه قد لايمكنه القاء التراب من الجانبين فيحتاج الى القائه فى احدهما فيقدر فى كل طرف ببطن النهر والحوض على هذا الاختلاف * ولهما انه لاانتفاع بالنهر الا بالحريم لانه يحتاج الى المشى فيه لتسييل الماء ولايكون

ذلك عادة فى بطنه والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر *وله ان الحريم ثبت فى البئر بالنص على خلاف قياس فيقتصر على مورده ولان الحاجة فى البئر اكثر لانه لا يمكن الانتفاع بماء البئر بدون الاستقاء والاستقاء الا بالحريم واما النهر يمكن الانتفاع بمائه بدون الحريم * وفى الشمنى وانما اختلف الامام وصاحباه فى موضع الاشتباه وهو ان يكون النهر موازيا للارض ولا فاصل بينهما وان لا يكون الحريم مشغولا بحق احدهما كالغرس حتى لو كان مشغولا بحق احدهما كان احق به بالاتفاق اه *وانما قلنا هو مجرى كبير لان المجرى لو كان صغيرا يحتاج الى الكرى فى كل وقت فله الحريم بالاتفاق كما فى الكفاية (وهو) اى قول محمد (الارفق) بالناس الذين هم اهل النهر كما فى الهداية وغيرها وفى القهستانى نقلا عن الكرمانى والفتوى على قول ابى يوسف (فالمسناة) مبتدأ خبره قوله الآتى لصاحب الارض وتفريع على الخلاف المذبور يعنى المسناة التى (بين النهر) اى بين نهر رجل صفة المسناة (والارض) اى وارض الآخر (و) الحال انها (ليست فى يد احد) منهما بان لم يكن عليها غرس ولا طين ملق لواحد منهما والا فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد وان كان لكل واحد منهما يد فيشتركان فيها ولو كان عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف (لصاحب الارض) هذا عند الامام اذ لا حريم للنهر عنده (فلا يغرس فيها صاحب النهر ولا يلق عليها طينه ولا يمر) لكونها تعديا منه فى حق مالكها (وقيل له) اى لصاحب النهر (المرور والقاء الطين) فيها (ما لم يفحش) وهو الصحيح كما فى التبيين وغيره لا يبطل بذلك حق صاحب الارض وبذلك جرت العادة ولكن لا يغرس فيه الا المالك (وعندهما هى) اى المسناة (لرب النهر فله ذلك) اى الغرس والالقاء والمرور بناء على اصلهما كما مر آنفا و (قال الفقيه ابو جعفر اخذ بقول الامام فى الغرس وبقولهما فى القاء الطين) فلا يغرس فيها صاحب النهر كيلا يبطل حق مالكها ولكن يلقى الطين للحاجة والضرورة (ومن غرس شجرة فى ارض موات فله حريمها خمسة اذرع من كل جانب) كما جزم به فى المختار حيث قال ولو غرس شجرة فى ارض موات فحريمها من كل جانب خمسة اذرع ليس لغيره ان يغرس فيه اه (يمنع غيره من الغرس فيه) لانه يحتاج الى الحريم لجزاز ثمره والوضع فيه

فصل فى الشرب

لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وفى القهستانى الشرب بالكسر اسم المصدر فهو لغة الماء المشروب واليه اشار بقوله (هو) اى الشرب (النصيب) قال الله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم اى نصيب (من الماء) اى الحظ المعين من الماء الجارى او الراكد للحيوان او الجماد وشريعة زمان الانتفاع بالماء سقيا للزرع او الدواب (والشفة شرب بنى آدم) اى استعمالهم الماء لدفع العطش او الطبخ او الوضوء او الغسل او غسل الثياب او نحوها (و) شرب (البهائم) اى استعمالهن الماء للعطش ونحوه مما بنا سبهن والبهيمة ما لا نطق له وذلك لما فى صوته من الابهام لكن يخص التعارف بما عدا السباع والطير كما فى

القهستانى (الانهار العظام كالفرات) نهر الكوفة (ودجلة) نهر بغداد وغيرهما (غير مملوكة) لاحد لعدم يدفيها على الخصوص لان قهر الماء يمنع قهر غيره فلايكون محرز والملك بالاحراز (واكل احدفيها) اى فى الانهار العظام (حق الشفة والوضوء ونصب الرحى وكرى النهر الى ارضه) لقوله عليه السلام* المسلمون شركاء فى ثلاثة الماء والكلاء والنار* لان الانتفاع بالانهار كالانتفاع بالشمس والقمر لا يمنع منه احد على اى وجه كان وشرط لجواز الانتفاع (ان لم يضر) الشق (بالعامة) وان كان مضرا بان مال الماء الى جانب نغرق الاراضى ليس له الشق ونصب الرحى عليه لان شق النهر للرحى كشفة للشق (وفى الانهار المملوكة والحوض والبئر والقناة لكل) احد (حق الشفة) وحق سقى الدواب (ان لم يخف التخريب لكثرة المواشى) حتى لو خيف التخريب لكثرة الدواب يمنع لان الحق لصاحبه على الخصوص وانما ابتناحق الشرب لغيره للضرورة فلامعنى لاثباته على وجه يتضرر به صاحبه (او) لم يخف (الاتيان على جميع الماء) وفى الهداية الشفة اذا كان يأتى على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشى كثيرة ينقطع الماء بشربها قيل لايمنع منه لان الابل لا تردها فى كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل فى قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبار ا بسقى المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه اه وفى التبيين واختلفوا فيه قال بعضهم لا يمنع لاطلاق مارويناه آنفا وقال اكثرهم له ان يمنع لانه يلحقه ضرر بذلك كسقى الاراضى اه ولهذا اختار المصنف المنع تابعا لا كثر (لاسقى ارضه او شجره) اى ليس لاحد سقى ارضه وشجره من نهر غيره وقناته وبئره وحوضه (الاباذن مالكه) لان الحق له فيتوقف على اذنه وفى المنح نقلا عن الخانية نهر لقوم ولرجل ارض بجنبه ليس له شرب من هذا النهر وليس له ان يسقى منه ارضا او شجرا او زرعا ولا ان ينصب دولابا على النهر لارضه وان اراد ان يرفع الماء منه بالقرب والاوانى ويسقى زرعه او شجره اختلف المشايخ والاصح انه ليس له ذلك ولاهل النهر ان يمنعوه (وله) اى لكل احد (الاخذ) اى اخذ الماء منها (للوضوء وغسل الثياب) ولو بغير رضائه لئلا يلزم ماهو مدفوع شرعا (وسقى شجر وخضر) اتخذهما (فى داره بالجرار فى الاصح) قال فى المنح لو اتخذ فى داره خضرة اوشجرة واراد ان يسقى ذلك بالاوانى من نهر لغيره اختلفوا فيه قال بعض مشايخ بلخ ليس له ذلك الاباذن صاحب الماء كما ليس له سقى شجرة او خضرة فى غير داره وقال شمس الائمة السرخسى انه لايمنع من هذا المقدار واختار المصنف ماقال السرخسى لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة (وما احرز من الماء بجب او كوز ونحوه لايؤخذ الابرضى صاحبه وله) اى لصاحب الماء المحرز (بيعه) اى بيع الماء لانه ملكه بالاحراز وصار كالصيد اذا اخذه الا انه لاقطع فى سرقته لقيام شبهة الشركة فيه بالحديث فان قيل بهذا الاعتبار ينبغى ان لايقطع فى الاشياء كلها لان قوله تعالى* خلق لكم مافى الارض جميعا * يصير شبهة قالوا قوله تعالى* خلق لكم مافى الارض * مقابلة الجمع بالجمع يقتضى انقسام الآحاد بالآحاد كقوله تعالى* حرمت

عليكم امهاتكم * وقوله تعالى * واحل لكم ماوراء ذلكم * وبجوز الزوائد على الاربع وفيما نحن فيه من الحديث اثبت الشركة للناس عاما (ولوكان البئر اوالعين اوالنهر فى ملك احد فله) اى لصاحب الماء (منع من يريد الشفة من الدخول) اى فى ملكه اذا كان يجد ماء آخر بقرب من هذا الماء فى ارض مباحة لعدم الضرورة (فان لم يجد غيره) اي غير ذلك الماء (لزمه) اى صاحب الماء (ان يخرج اليه الماء او يمكنه) من التمكين (من الدخول) بشرط ان لايكسر ضفته وهذا عن الطحاوى وقيل ماقاله صحيح فيما اذا احتفر فى ارض مملوكة له اما اذا احتفرها فى ارض موات ليس له ان يمنعه كما فى الهداية (فان لم يفعل) ماذكر من الاخراج والتمكين (وخيف العطش) على نفس الطالب اودابته (قوتل بالسلاح) لاثر عمر ولانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة لان الماء فى البئر والنهر ونحوهما مباح غير مملوك (وفى) الماء (المحرز) فى الاوانى (يقاتل بغير سلاح) يعنى عند خوف الهلاك اذا كان فيه فضل من حاجته ولايقاتله بالسلاح * لانه ملكه بالاحراز حتى كان تضمينه الا انه مأمور ان يدفع اليه قدر حاجته فبالمنع خالف الامر فيؤديه * كما فى الاختيار (كما فى الطعام حال المخمصة) والمفهوم من الكافى وغيره جواز ان يقاتله بالسلاح لانه قال الاولى ان يقاتله بغير سلاح لانه ارتكب معصية فصار ذلك بمنزلة التعزير

فصل

فى كرى الانهار (وكرى الانهار العظام من بيت المال) خبر كرى الانهار وفى الهداية الانهار ثلاثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه فى المقاسم بعداى قط كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه فى القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفة به وعدمه والاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف اليهم من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثانى للفقراء والاول للنوائب (وان لم يكن فيه) اى فى بيت المال (شئ فعلى العامة) اى فالامام يجبر الناس على كريه احياء لمصلحة العامة اذهم لايجتمعون ولاينفقون عليها بانفسهم ولايقيمونها ان لم يجبرهم الامام عليه وفى مثله قال عمر * لو تركتم لبعتم اولادكم * الا انه يخرج للكرى من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لايطيقونه بانفسهم كما يفعله فى تجهيز الجيوش فانه يخرج من كان يطيق على القتال ويجعل مؤنته على الاغنياء (وكرى ماملك) ودخل ماؤه فى المقاسم * قوله ملك على صيغة المبنى للمفعول (على اربابه) وهذا النوع اثنان ان يكون عاما من وجه وخاصا من وجه والثانى ان يكون خاصا من كل وجه والفارق بينهما ان مايستحق به الشفة فهو خاص من كل وجه ومالايستحق فهو عام من وجه فكريه على اهلها لاعلى بيت المال لان منفعته لهم على الخصوص فتكون مؤنته عليهم لان الغرم بالغنم (لاعلى اهل الشفة) لانهم لايحصون اولاهل الدنيا كلهم حق الشفة ولانهم اتباع والمؤنة تجب على الاصول دون الاتباع (ويجبر من ابى يوسف) عن الكرى دفعا لضرر بقية الشركاء وقيل لايجبر فى المملوك الخاص لان كل واحد من الضررين خاص

ويمكن دفعه بالكرى بامر القاضى ثم يرجع على الآبى ولا كذلك الاول (ومؤنته) اى مؤنة الكرى المشترك (عليهم) اى على الارباب (من اعلاه) اى من اعلى النهر (واذا جاوز) الكرى (ارض رجل) من الشركاء (سقطت) المؤنة (عنه) اى عن الرجل عند الامام * وفى الخانية الفتوى على قوله (وليس له) اى للرجل (سقى ارضه مالم يفرغ شركاؤه من الكرى) لاختصاصه بالانتفاع بالماء دون شركائه (وقيل له) اى للرجل (ذلك) اى السقى قبل فراغهم (وعندهما هى) اى المؤنة (عليهم) اى على الارباب (جميعا من اوله) اى من اول النهر (الى آخره بحصص الشرب) وبيانه ان الشركاء فى النهر اذا كانوا عشرة مثلا فعلى كل واحد منهم عشرة مؤنة الكرى فاذا جاوز عن ارض احدهم فعلى كل من الباقين تسعها واذا تجاوز عن ارض اخرى فعلى كل منهم ثمنها * هذا عند الامام * وقالا على كل منهم اعشار من اول الكرى الى آخره لان لصاحب الاعلى حقا فى الاسفل لاحتياجه الى تسييل مافضل من الماء فيه * وله ان المقصد من الكرى الانتفاع بالسقى وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه رفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرناه وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروى عن محمد والاول اصح لان له رأيا فى اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله فاذا جاوز الكرى ارضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقى ارضه لانتهاء الكرى فى حقه * وقيل ليس له ذلك مالم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه * كما فى الهداية (وتصح دعوى الشرب بلا ارض) استحسانا لان الشرب قد يملك بلا ارض ارثا ووصية وقد يباع الارض بدون الشرب فيبقى له الشرب وحده فصار هو مرغوبا منتفعا به فتصح الدعوى وتقبل البينة وفى القياس لاتصح دعواه بدونها لعدم تحقق شرط صحة الدعوى وهو الاعلام والشرب لايقبل الاعلام لجهالة المقام (ومن كان له نهر يجرى فى ارض غيره فاراد رب الارض منع الاجراء) فى ارضه (فليس له) اى للرب (ذلك) اى المنع ويترك على حاله لان موضع النهر مستعمل له باجراء مائه فيكون فى يده فعند الاختلاف يكون القول قوله فى انه ملكه (فان لم يكن) اى النهر (فى يده) اولم يكن له اشجار ولا طين ملقى على جانب النهر (اولم يكن جاريا فادعى انه) اى النهر (له وقصد اجراءه لايسمع بلا بينة انه) اى النهر (له اوانه كان له حق الاجراء) فى هذا النهر يسوقه الى ارضه لسقيها فيقضى له به لاثباته بالحجة ملك الرقبة اذا كانت الدعوى فيه اوحق الاجراء باثبات الجرى من غير دعوى الملك (وعلى هذا المصب فى نهر اوعلى سطح والميزاب والممشى فى دار الغير) فحكم الاختلاف فيها نظيره فى الشرب وقع فى نسخة المصنف بالواو (وفى الميزاب والممشى) لكن الظاهر باو فيهما تدبر (وان اختصم جماعة فى شرب) اى نهر بين قوم اختصموا فى الشرب فالنهر (بينهم قسم) الشرب (على قدر اراضيهم) لان المقصود بالشرب سقى الاراضى والحاجة الى ذلك تختلف بقلة الاراضى وكثرتها والظاهر ان حق

كل واحد منهم من الشرب بقدر اراضيه وبقدر حاجته بخلاف الطريق اذا اختلف فيه الشركاء حيث يستوون في ملك رقبة الطريق ولا يعتبر في ذلك سعة الدار وضيقها لان المقصود فيه التطرق ولا يختلف باختلاف الدار الواسعة والضيقة (ويمنع الاعلى) منهم (من سكر النهر) اى من سده يعني اذا كان ارض الاعلى منهم مرتفعة والماء قليلا بحيث لا يمكنه سقى ارضه بتمامها الا بسده لم يكن له ذلك لان الماء يكون محبوسا عن الباقين في بعض المدة وفيه منع حقهم فلو انحدر الماء من الجبل الى وجه الارض فانتشر لا يمنع الاعلى منه بل يكون ان سبق اليه يده وفيه اشعار بانه يشرب بقدر ما يدخل في ارضه بدون السكر انتهى (بلا رضاهم) اى بلا رضاء الشركاء الباقية (وان) وصلية (لم تشرب ارضه) اى الاعلى (بدونه) اى السكر فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا امكنه ان يسكر بلوح او باب لا يسكر بما ينكبس به النهر كالطين والتراب من غير تراض لكونه اضرارا بهم فان لم يسكر باللوح فبالتراب ولو كان الماء في النهر بحيث لا يجرى الى ارض كل واحد منهم الا بالسكر فانه يبدأ باهل الاسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى ان يسكروا ليرتفع الماء الى اراضيهم (وليس لواحد منهم) اى من الشركاء (ان يشق منه) اى من النهر المشترك (نهرا او ينصب عليه رحى او ينصب عليه (دالية) وهى بالفارسية چرخ آب (او) ينصب عليه (جسرا) وهو اسم لما يتخذ من الخشبة والالواح على النهر (بلا اذن البقية) اذ بالشق يكسر صفة النهر المشترك وبالنصب يتغير عن سننه الذى كان يجرى عليه ويسد جانب النهر فيتوقف على اذن شريكه (الا رحى في ملكه ولا تضر بالنهر ولا بمائه) اى اذا وضع رحى في ملكه بان وقع في بطن النهر وكان جانباه ملكا له وللآخر حق التسييل حال كونه غير مضر بالنهر من كسر صفته ولا بالماء من اخراجه عن سننه فيجوز كما ذكرنا آنفا (ولا ان يوسع فم النهر) اى نهره في ارضه لانه يكسر طرف اصل النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء (ولا ان يقسم بالايام او مناصفة بعد كون القسمة) من القديم (بالكوى) بكسر الكاف جمع كوة بفتحها وقد يضم الكاف في المفرد فالجمع كوى كعروة وعرى ويجوز فيه المد والقصر والمراد ثقب في الخشب او الحجر ليجرى الماء الى المزارع او الجداول اى ليس لواحد منهم ان يقسم بالايام ولا مناصفة مع ان القسمة قد كانت من القديم بالكوى * وكذا ان يقسم بالكوى وقد كانت بالايام لان القديم يترك على قدمه الا ان يرضى الكل (ولا ان يزيد كوة) اى لو كان لكامل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة (وان) وصلية (لم يضر بالباقين) لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كان الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بالطريق الاولى كما في الهداية (ولا ينقض بعض كواه) وفي التبيين ولو اراد الاعلى من الشريكين من النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عنها كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الاضرار بالآخر وكذا اذا اراد ان يقسم النهر مناصفة

(لان)

لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما (ولا) اى ليس لواحد (ان يسوق شربه الى ارض اخرى له ليس لها) اى للارض الاخرى (منه) اى ذلك النهر (شرب) لاحتمال ان يدعى رب الارض بتقادم العهد حقا لتلك الارض فى الشرب وكذا اذا اراد ان يسوق شربه فى ارضه الاولى حتى تنتهى الى هذه الارض الاخرى لانه يستوفى زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان يسقى الاخرى (فان رضى البقية) اى بقية الشركاء (بشئ من ذلك) المذكور من النقض والزيادة والقسمة من الايام وغيرها (جاز) لان الحق لهم ولهم اسقاطه (ولهم) اى للبقية (نقضه بعد الاجازة ولورثتهم من بعدهم) لانه اعارة الشرب لا مبادلة لان مبادلة الشرب بالشرب باطلة وكذا اجارة الشرب لا تجوز لما عرف فى موضعه فتعينت الاعارة وهذا لان القسمة بالكوى قدتمت وليس لاحدهما ان ينقض تلك القسمة فاذا تراضيا على خلاف ذلك يكون كل واحد منهما معيرا نصيبه من صاحبه فيرجع فيها هو وورثته اى وقت شاء لان العارية غير لازمة كما فى التبيين (والشرب يورث) لكونه حقا ماليا فيجرى فيه الارث (ويوصى بالانتفاع به) اى بعينه لا برقبته اذ الوصية كالارث فى الثبوت بعد الموت فيصير حكمها كحكمه وجهالة الموصى به لا تمنع الوصية لانها من اوسع العقود حتى جازت للمعدوم بالمعدوم كما فى المنح (ولا يباع) الشرب (ولا يوهب ولا يوجر ولا يتصدق به) بلا ارض للجهالة الفاحشة وعدم تصور القبض ولكونه غير متقوم حتى لو اتلف شرب انسان بان سقى ارضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل *وفى الهداية ولا يباع الشرب فى دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما فى حال حياته وكيف يصنع الامام والاصح ان يضم الى ارض لا شرب له فيبيعهما باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعهما فيصرف الثمن الارض والفاضل الى قضاء الدين (ولا يجعل) الشرب (مهرا) حتى لو تزوج امرأة على ان يكون الشرب مهرا لها يجب مهر المثل عليه لا الشرب (ولا) يجعل (بدل صلح) فيكون المدعى على دعواه (ولا يضمن من ملأ ارضه فنزت ارض جاره) اوغرقت لانه مسبب وليس بمتعد فيه فلا يضمن لان شرط وجوب الضمان فى السبب ان يكون متعديا وانما قلنا ليس بمتعد فيه لان له ان يملأ ارضه ماء ويسقيها كما فى المنح *وفى القهستانى هذا اذا سقى فى نوبته مقدار حقه واما اذا سقى فى غير نوبته اوزاد على حقه يضمن على ما قال اسماعيل الزاهد وذكر فى التتمة انه اذا سقى سقيا غير معتاد فتعدى ضمن وعليه الفتوى (ولا) يضمن (من سقى من شرب غيره) لان الشرب ليس بمال متقوم وهذا على رواية الاصل وهو مختار الامام المعروف بخواهرزاده وعليه الفتوى كما فى القهستانى *وفى الزاهدى من سقى من شرب غيره يرفع الى السلطان ليؤدبه بالحبس والضرب وفى المنح وان اخذ مرة بعد مرة يؤدبه السلطان بالضرب والحبس ان رأى ذلك

كتاب الاشربة

ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقدم الشرب

لمناسبته لاحياء الموات ومن محاسنه بيان حرمتها اذلاشبهة فى حسن تحريم مايزيل العقل الذى هو ملاك معرفة الله وشكر انعامه فان قيل ماباله حل للامم السالفة مع احتياجهم الى ذلك قلت بان السكر حرام فى جميع الاديان وحرمة شرب القليل علينا كرامة لنا من الله لئلا نقع فى المحظور ونحن مشهود لنا بالحرمة * واعلم ان الاصل فى الاشياء كلها سوى الفروج الاباحة قال الله تعالى * هو الذى خلق لكم مافى الارض جميعا * وقال تعالى * كلوا مما فى الارض حلالا طيبا * وانما تثبت الحرمة بعارض نص مطلق او خبر مروى فالم يوجد شئ من الدلائل المحرمة فهى على الاباحة وقد دل كتاب الله وهو قوله تعالى * انما الخمر والميسر * الآية وقول النبى عليه السلام * حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها * وقد تواتر تحريمها عن النبى عليه السلام وعليه اجماع الامة والسكر من كل شراب فالشراب لغة اسم لما يشرب ماء كان اوغيره حلالا اوغيره واصطلاحا ماهو مسكر ومايستخرج منه وهو اكثر من عشرة عند بعض اصحابنا والمضاف محذوف اى شرب الاشربة * واصولها الثمار كالعنب والتمر والزبيب والحبوبات كالبر والذرة والدخن والحلاوات كالسكر والفانيذ والعسل والالبان كابن الابل والرماك والمتخذ من العنب خمسة انواع اوستة ومن التمر ثلاثة ومن الزبيب اثنان ومن كل البواق واحد وكل منها نوعين نى ومطبوخ كما سيأتى (يحرم الخمر) وان قلت (وهى النى) بكسر النون وتشديد الياء (من ماء العنب اذا غلى) من غلى يغلى غليا وغليانا اى صار اسفله اعلى (واشتد) اى قوى بحيث يصير مسكرا (والقذف بالزبد) بالتحريك اى رماه بحيث لايبقى فيه شئ من الزبد فيصفو ويرق (شرط) عند الامام لان الغليان بداية الشدة والقذف بالزبد والسكون كمال الشدة اذبه يتميز الصافى من الكدر (خلافا لهما) لان عندهما وعند الائمة الثلاثة لايشترط فيه القذق بالزبد لانه يسمى خمرا قبل القذف وفى المنح والغليان والشدة شرط بالاجماع وفى النهاية ولا يحد بدون القذف احتياطا به قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية وخص اسم الخمر بالنى من ماء العنب اذا صار مسكرا باتفاق اهل اللغة واستعمل فيه وقال بعض الناس لفظ الخمر اسم لكل مسكر نيا كان او مطبوخا من ماء عنب اوغيره لانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود فى كل مسكر واجيب عنه انما سمى هذا خمرا لتخمره وهو الشدة والقوة اولاختماره وهو تغير ريحه لاللمخامرة ولوسلم انما سمى لمخامرته العقل وذا لايدل على ان كل مايخامر العقل يسمى خمرا كالنجم لانه اسم خاص بالكواكب لظهوره وهذا لايدل على ان كل ماظهر يسمى نجما مع ان المناسبة فى الوضع تعتبر تارة كما فى النجم والخمر وقد لاتعتبر تارة كما فى الحجر والجدار (و) يحرم (الطلاء) بكسر الطاء وتخفيف اللام ومد الالف (وهو ماطبخ منه) اى من ماء العنب (فذهب اقل من ثلثيه) كما فى الوقاية والكنز لكن فى التبيين نقلا عن المحيط الطلاء اسم للثلث وهو مااذا طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه وصار مسكرا وهو الصواب لما روى ان كبار الصحابة كانوا يشربون من الطلاء ماذهب ثلثاه وبقى ثلثه على مايجئ من قريب ويؤيد المحيط

(تفسير)

تفسير الجوهري اياه بماذهب ثلثاه وفي الهداية كما في المتن اعتبر الذاهب اقل من ثلثيه ويسمى الباذق ايضا سواء كان الذاهب قليلا او كثيرا بعد ان لم يكن الذاهب ثلثين (فان ذهب نصفه) بالطبخ وبقي النصف (سمي منصفا وان طبخ ادنى طبخة سمي باذقا) اسم لما يطبخ من ماء العنب حتى يذهب اقل من ثلثيه سواء كان اقل من الثلث او النصف بعدما صار مسكرا (اذا غلي واشتد) وقذف بالزبد على الاختلاف لانه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله الى كثيره كالخمر ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا لما يتعلق به الفساد وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر (و) يحرم (السكر) وفي المغرب بفتحتين عصير الرطب ولهذا قال (وهو النيء من ماء الرطب) وفي المنح واشتقاقه من سكرت الريح اذا سكنت فسره الجوهري بنبيذ التمر وفي الهداية السكر هو النيء من ماء التمر اي الرطب وفي العناية انما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من ماء التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول الشيخين فبين قولي الجوهري والفقهاء نوع مخالفة فليتأمل وانما يحرم (اذا غلي واشتد) وقذف بالزبد وقبله حلال وقيل حلال وقال شريك بن عبدالله هو مباح وان قذف بالزبد لقوله تعالى * ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا * لان الذكر وقع في موضع المنة وهي لا تتحقق بالمحرم قيل في جوابه ان توصيف المعطوف بالحسن لا يخلو من الدلالة على ان في المعطوف عليه قبحا مع ان الامتنان مشوب بالتوبيخ هو تتخذون سكرا وتدعون رزقا حسنا (و) يحرم (نقيع الزبيب) وهي النيء من ماء الزبيب (اذا غلي واشتد) ويتأتى فيه خلاف الاوزاعي (واشتراط قذف الزبد فيهن) اي في النقيع والسكر والطلاء (على ما في الخمر) اي على الخلاف الواقع فيها (والكل) من الطلاء والمنصف والباذق والسكر والنقيع (حرام) لحديث * كل مسكر حرام * ولانه لا خلاله بسلامة العقل (وحرمتها) اي حرمة هذه الاشياء (دون) حرمة (الخمر فنجاسة الخمر غليظة) رواية واحدة كالبول لثبوت حرمتها بدليل مقطوع (ونجاسة هذه) الاشياء (مختلف في غلظها وخفتها) فان نجاستها خفيفة في رواية (ويكفر مستحل الخمر) لانكاره الدليل القطعي (دون هذا) الاشياء لان حرمتها غير قطعية بل اجتهادية (ويحد بشرب قطرة من الخمر وان) وصلية لم يسكر بخلاف هذه (الاشياء اي لا يحد فيها مالم يسكر منها لان الحدود في النيء خاصة ولا يتعدى الى المطبوخ) ويجوز بيع هذه (الاشياء) ويضمن متلفها (عند الامام) خلافا لهما (كما مر في الغصب) في الخمر عدم جواز البيع وعدم الضمان (على المتلف) اجماعا اما عدم جواز البيع فلقوله عليه السلام * ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها * واما عدم الضمان فلسقوط تقومها في حق المسلم (ولو طبخت الخمر او غيرها) من الاشربة المحرمة (بعد الاشتداد لا تحل وان) وصلية (ذهب الثلثان) وبقي الثلث لان الطبخ للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها (لكن قيل لا يحد) من شرب ذلك المطبوخ (مالم يسكر) لان الحد في القليل ورد في النيء والطبخ يورث الشبهة والحد يندرئ بها وعند

السكر يلحق بالخمر (ويحل نبيذ التمر والزبيب اذا طبخ ادنى طبخة) وهو ان يطبخ الى ان ينضج (وان) وصلية (اشتد) بمكثه (مالم يسكر) بلا نية لهو وطرب بل بنية تقول لقوله عليه السلام *ولا تنتبذوا الرطب والزبيب معا ولكن انتبذوا كل واحد منهما على حدته * وهذا نص على ان المتخذ من كل واحد منهما فرادى مباح وهذا محمول على المطبوخ منه اذ النى حرام باجماع الصحابة وفى الهداية ولو جمع فى الطبخ بين العنب والتمر ا وبين التمر والزبيب لايحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لابد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا اه *هذا يخالف ما قبله وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال تدبر (وكذا) يحل (نبيذ العسل والتين والحنطة والشعير والذرة) وفى الهداية ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ* وهذا عند الشيخين اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام *الخمر من هاتين الشجرتين* واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم اه لكن ينافى قوله عليه السلام* حرمة الخمر لعينها والسكر من كل شرب* الا ان يحمل هذا على سكر من كل شراب يتخذ من هاتين الشجرتين غير الخمر كما فى التسهيل لكن يرد عليه ما روى عن النبى انه قال *ماسكر كثيره فقليله حرام* وقال* كل مسكر خمر* الا ان يقال ليس بثابت وان سلمنا ثبوته فهو محمول على القدح الاخير تتبع فان اقوال الفقهاء فى هذا المحل مضطربة (والخليطين) من الزبيب والتمر (طبخت اولا) هذا قيد لقوله وكذا نبيذ العسل الى هنا لكن فى الهداية وغيرها من المعتبرات ولا بأس بالخليطين لما روى عن ابن زياد انه قال سقانى ابن عمر شربة ما كدن اهتدى الى اهلى فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال مازدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان مذهب ابن عمر نقيع الزبيب كان حراما وهو النى منه ولا يؤدى الى التناقض وماروى من النهى عن الخليط محمول على حالة القحط وكان ذلك فى الابتداء والاباحة فى حالة السعة اه فعلى هذا ظهر المنافاة بين قول المصنف وهو طبخت اولا وبين قول الهداية وغيرها وهو وكان مطبوخا لكن يمكن التوفيق بان قول الهداية وغيرها بعد الاشتداد وقول المصنف وهو طبخت اولا قبل الاشتداد ويؤيده ماروى عن عائشة انها قالت * نتبذ لرسول الله فى مسقاه فيأخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فيطرحهما فيه ثم يصب عليه الماء فينتبذه غدوة فيشربه عشية وينتبذه عشية غدوة* فعلم انه قبل الاشتداد لانه لايشتد فى الغدوة وكذا فى العشية غالبا تدبر (وكذا) يحل (المثلث وهو عصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه) وبقى الثلث ولا يعتبر بما خرج من القدر من شدة الغليان من الزبد فلو طبخ عشرة اصوع من العصير فذهب صاع بالزبد طبخ الباقى حتى يذهب ستة اصوع ويبقى الثلث فيحل وينبغى ان يطبخ موصولا فاذا انقطع الطبخ ثم اعيد فان كان قبل تغيره بحدوث المرارة وغيرها حل والا حرم وهو المختار للفتوى كما فى القهستانى (وان) وصلية (اشتد) وقذف مالم يسكر بلا نية لهو وطرب عند الشيخين لانه لغلظته

لايدعو الى اكثار شربه وهو فى نفسه غذا فبقى على اصل الاباحة كما مر تفصيله قبله * وفى الهداية والذى يصب الماء بعد ماذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة فحكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيد الا ضعفا * بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا كل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثى ماء العنب (وفى الحد بالسكر منها) اى من هذه الاشياء (روايتان والصحيح وجوبه) اى وجوب الحد لان الفساق يجتمعون عليه فى زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك (ووقوع طلاق من سكر منها) اى من هذه الاشياء (تابع للحرمة) فمن قال انها حرام يقع طلاق من سكر منها ومن قال انها حلال لا يقع طلاق من سكر منها لانه بمنزلة النائم وذهاب العقل بالبنج ولبن الرماك (والكل حرام عند محمد) وعند مالك والشافعى (وبه) اى بقول محمد (يفتى) لفساد الزمان * وعن محمد مثل قولهما * وعنه انه كره ذلك * وعنه انه توقف فيه (والخلاف) بينه وبين الشيخين (انما هو عند قصد التقوى) بشربها (اما عند قصد التلهى فحرام اجماعا) فانه يقع الطلاق بالاجماع لان التلهى حرام ومايؤدى الى الحرام فهو حرام ايضا (وخل الخمر حلال) لزوال اشتدادها الذى هو علة الحرمة (ولو) وصلية (خللت بعلاج) بالقاء ملح او خل عندنا لقوله عليه السلام * خير خلكم خل خمركم * ولان التخليل اصلاح كدبغ الجلد بازالة صفة الاسكار وعند الشافعى يكره تخليلها ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شئ فيه قولا واحداً لاحتمال بقاء اجزاء الخمر وان كان بغير القاء شئ فيه فله فى الخل الحاصل به قولان ثم اذا صارت خلا يطهر ما يوازيها من الاناء واما اعلاه وهو الذى انتقص منه الخمر فقد قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر ولو غسل بالخل فتخلل من ساعته طهر للاستحالة (ولا بأس بالانتباذ) اى اتخاذ النبيذ (فى الدباء) وهو القرع (والحنتم) بفتح الحاء المهملة وسكون النون وفتح التاء المثناة والجرة الخضراء وقيل هو الجرة الحمراء يحمل فيها الخمر ويؤتى بها من نواحى اليمن (والمزفت) هو الوعاء المطلى بالزفت (والنقير) هو الخشب المنقور لان هذه الظروف كانت مختصة بالخمر فلما حرمت الخمر حرم استعمال هذه الظروف تشديدا فى تحريم الخمر ليتركه الناس فلما مضت الايام ابيح استعمالها لاستقرار الامر بالتمام وان استعمل فيها الخمر ثم انتبذ فيها ينظر فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر وان كان جديداً لا يطهر عند محمد لشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابى يوسف يغسل ثلاثا ويجفف فى كل مرة وقيل عند ابى يوسف يملؤ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته * وفى الخانية انه حكى عن الفقيه ابى جعفر ان الخمر اذا صارت خلا يطهر الظرف كله ولا يحتاج الى ذلك التكلف وبه اخذ الفقيه ابو الليث وهو اختيار صدر الشهيد وعليه الفتوى لان بخار الخل يرتفع الى اعلاه فيطهر كله (ويكره شرب دردى الخمر) وهو مابقى فى اسفله (والامتشاط به) اى بدردى الخمر وانما خص الامتشاط بالذكر مع ان الانتفاع به حرام لان له تأثيرا فى تحسين الشعر * والمراد بالكراهة الحرمة لان فيه اجزاء

الخمر* وهذا هو المفهوم من الهداية وغيرها * ولذا قال في مختصر الوقاية وحرم شرب دردي الخمر (ولا يحد شاربه بلا سكر) لان وجوب الحد للزجر عن الميل والطبع لا يميل الى الدردي فقليله لا يدعو الى كثيره خلافا للشافعي فانه قال يحد لانه شرب جزء من الخمر (ولا يجوز الانتفاع بالخمر) لان الانتفاع بالنجس حرام كما حققناه في الكراهية (ولا) يجوز (ان يداوى بها) اى بالخمر (جرح) بضم الجيم (ولا) يجوز ان يداوى بها (دبر دابة) لانه نوع انتفاع والدبر بالتحريك قرحة دابة (ولا تسقى آدميا ولو) وصلية (صبيا للتداوى) كما بيناه في الكراهية (ولا تسقى الدواب) مطلقا (وقيل) ان اريد سقى الدواب (لا يحمل الخمر اليها) اى الى الدابة (فان قيدت) اى الدابة (الى الخمر فلا بأس به) اى بالقود لانه لا يكون حاملها (كما في الكلب مع الميتة) فانه ان دعاه اليها فلا بأس به وان حملها اليه لا يجوز (ولا بأس بالقاء الدردي في الخل) لانه يصير خلا (لكن يحمل الخل اليه) اى الى الدردي (دون عكسه) اى لا يحمل الدردي اليه لان النجس لا يحمل

﴿ كتاب الصيد ﴾

مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد مما يورث السرور ومن حيث ان الصيد من الاطعمة ومناسبتها للاشربة غير خفية ثم كان منها ما هو حلال وحرام كذلك من الصيود ماهو حلال وحرام الا انه قدم الاشربة لحرمتها اعتناء بالاحتراز عنها ومحاسنها محاسن المكاسب ولان فيه تحقيق منة الله بقوله « خلق لكم ما في الارض جميعا » وسببه يختلف باختلاف حال الصائد فقد يكون للحاجة اليه وقد يكون اظهارا للجلادة وقد يكون للتفرج (هو) اى الصيد مصدر بمعنى (الاصطياد) ثم صار اسما للصيد الممتنع بقوائمه او بجناحيه لان المصدر يطلق على المفعول كضرب الامير (وهو جائز بالجوارح المعلمة) من الكلب والفهد والبازى والشاهين والباشق والعقاب والصقر ونحوها * و قيده صاحب التنوير بشرط قابلية التعلم وبشرط كون الحيوان الذى يصاد به ليس بنجس العين فلا يجوز الصيد بدب واسد لعدم قابلية التعلم ولا يجوز بالخنزير لنجاسة عينه فلا حاجة الى الاستثناء فعلى هذا ينبغى ان لا يجوز الاصطياد بالكلب على القول بنجاسة عينه الا ان يقال ان النص ورد في حل الاصطياد به بخصوصه * والاصل فيه قوله تعالى « احل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله » اى صيد ما علمتم من الجوارح وهو معطوف على الطيبات والجوارح الكواسب والجرح الكسب والمكلبين المسلطين وقيل ان يكون جارحة بنابها ومخلبها حقيقة ويمكن حمل الآية على المعنيين فيشترط الجراحة حقيقة على ما هو ظاهر الرواية لان في اشتراط الجرح من الكواسب عملا بالمتيقن به ومعنى قوله « مكلبين » معلمين الاصطياد تعلمونهن تؤدبوهن والمعلم من الكلاب مؤدبها ثم عم في كل ما دب جارحة بهيمة كانت او طيرا كما في التبيين (والمحدد من سهم وغيره *) لقوله عليه السلام « اذا رميت سهمك وذكرت اسم الله عليه فكل (لما يؤكل لا كله) اى يجوز اصطياد ما يؤكل لحمه بما ذكر لا كله (و) يجوز اصطياد (ما لا يؤكل) لحمه (لجلده وشعره) لاطلاق قوله تعالى « واذا حللتم فاصطادوا »

ولا يختص بمأكول اللحم * قال قائلهم * صيد الملوك ارانب وثعالب * واذا ركبت فصيدي الابطال * ولان صيده سبب الانتفاع بجلده اوشعره اوريشه اولاستدفاع شره وكل ذلك مشروع كما في الهداية (ولابد فيه) اي في الصيد (من الجرح) اي موضع منه فمات بعد جرحه يؤكل في ظاهر الرواية لان الذبح الاختياري يحصل بالجرح وكذا الذبح الاضطراري وعن ابي يوسف وهو رواية الحسن عن الامام والشافعي في قول انه لايشترط الجرح لان الجوارح في الآية بمعنى الكواسب لقوله تعالى * ويعلم ماجرحتم بالنهار * اي ما كسبتم لا الجوارح بالناب والمخلب حقيقة كما مر قبيله (و) لابد فيه من (كون المرسل) اي مرسل الجوارح (او الرامي مسلما اوكتابيا) وهو يعقل التسمية ويضبط على نحو ماذكرنا في الذبائح وبه يصير اهلا للذكوة (وان لايترك التسمية عمدا عند الارسال او الرمي) لقوله عليه السلام لعدي بن حاتم * اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل * شرط التسمية لحل الاكل وعند الشافعي لايشترط في رواية * قيد بالعمد لانه لوتركه ناسيا حل ايضا كما مر في الذبائح (وكون الصيد ممتنعا) من الآدمي قادرا على الامتناع بالقوائم اوالجناحين متوحشا * قال ابن الشيخ في شرح الوقاية فالحيوان كالظبي والارنب اذا وقع في الشبكة اوسقط في البئر اوكان ضعيفا مجروحا هو متوحش غير ممتنع واذا استأنس بالآدمي هو ممتنع غير متوحش فلايجري الحكم المذكور من الذبح الاضطراري وان كان ممتنعا ولم يكن متوحشا في الاصل كالبقر لايكون صيدا او ان كان متوحشا كالذئب والثعلب لايكون من الذبائح لانه لايؤكل بل يكون صيدا ينتفع بجلده (ولا) بد (ان لايقعد) المرسل او الرامي (عن طلبه بعد التواري عن بصره) الا ان يقعد لحاجة انسانية كقضاء حاجة واكل عن جوع وشرب عن عطش وصلاة عن فرض وجلوس عن عي * فان قعد عن طلبه بلا ضرورة فوجده ميتا يحرم اكله لقوله عليه السلام * لعل هوام الارض قتلته * كما سيأتي تفصيله (و) لابد (ان لايشارك المعلم غير المعلم) بفتح اللام فيهما * فلو ارسل الكلب المعلم وشاركه غير المعلم في جرح صيد لم يؤكل لانه اجتمع فيه المبيح والمحرم والاحتراز عنه ممكن فيرجح المحرم احتياطا او شاركه في اخذه دون الجرح كره كراهة التحريم على الصحيح (او) ان لايشارك المعلم (مرسل) اسم مفعول مضافا الى (من لايحل ارساله) ككلب المرتد او الوثني او المجوسي اوكلب لم يرسل للصيد او ارسل وترك التسمية عمدا لماينا (وان لاتطول وقفته) اي وقفة المعلم (بعد الارسال) حتى لاينقطع ارساله بالتسمية (الغير الكائن للصيد) فلو وقف الفهد وكمن للاحتيال في الاخذ فلايحرم لان ذلك عادته وكذا لبعض الكلاب فلاينقطع به فور الارسال كما سيأتي (ويجوز بكل جارح علم) من السباع والطير (من ذي ناب او مخلب) اخذ الصيد بطريق الشرع وفيه اشعار بان مالاناب له ولا مخلب لم يحل صيده بلا ذبح لانه لم يجرح كما في القهستاني (ويثبت التعلم بغالب الرأي او بالرجوع الى اهل الخبرة) عند الامام فان عنده لاتأقيت فيه لان المقادير لاتعرف اجتهادا بل سماعا ولاسماع فيفوض الى رأي المبتلى به كما هو اصله في جنسها واخبار اهل الخبرة ولان ذلك

يختلف باختلاف طباعهما (وعندهما وهو رواية عن الامام يثبت) التعلم (فى ذى ناب بترك الاكل ثلاثا) لان تركه مرة يحمل على الشبع ومرتين على الترك بالشك واذا تركه ثلاثا يحمل على ترك الانتهاب والاستيلاب يقينا لان الثلث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما فى مدة الخيار (و) يثبت التعلم (فى ذى مخلب بالاجابة اذا دعى بعد الارسال) وهو مأثور عن ابن عباس رضى الله عنهما ولان بدنه لا يحمل الضرب للتعليم كما يحمل الكلب ونحوه فاكتفى بغيره مما يدل على التعليم فان فى طبعه نفورا فيعرف زواله برجوعه بالدعا سواء كان الرجوع بطمع اللحم اولا * وقيل لو كان يرجع بلا طمع فهو معلم والا فلا * واما مثل الفهد مما يتحمل الضرب فتعلمه بترك الاكل والاجابة جميعا لان فى طبعه الافتراس مع النفور (فلو اكل منه) اى من الصيد (البازى اكل) اى يحل اكل الباقى من هذا الصيد لان تعلمه بالاجابة لا بترك اكله بالاجماع الا عند الشافعى فى الجديد لا يؤكل (لا) اى لا يؤكل (ان اكل منه الكلب او الفهد) عندنا مطلقا سواء كان نادرا او معتادا * وللشافعى قولان فيما اذا اكل نادرا ففى قول يحرم وفى قول يحل وبه قال مالك ولو اعتاد الاكل حرم ما ظهرت عادته فيه وهل يحرم ما اكل منه قبل الذى ظهرت به عادته فيه وجهان والاصح ما قلنا لقوله عليه السلام * اذا ارسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله فكل مما امسكن عليك الا ان يأكل الكلب فلا تأكل فانى اخاف ان يكون انما امسك على نفسه * كما فى التبيين وغيره (فان اكل) ذو الناب من الصيد (او ترك) ذو المخلب (الاجابة بعد الحكم بتعلمه حرم ما صاده بعده) اى بعد ترك الاكل ثلاث مرات على التوالى او بعد ترك الاجابة (حتى يتعلم) على الخلاف الذى بيناه آنفا (وكذا ما صاد قبله) اى حرم ما صاده قبل اكله وقبل ترك الاجابة لانه علامة الجهل فى الابتداء فظهر ان الحكم عليه بالتعلم خطأ (وبقى فى ملكه) بان كان محرزا فى بيته عند الامام(خلافا لهما) فان عندهما لا يحرم الا الذى اكل منه لان تعلمه علم بالاجتهاد فلا ينتقض باجتهاد آخر وان لم يبق فى ملكه بان يأكله او يتلفه لا تظهر الحرمة لانعدام المحلية * وانما قلنا محرزا فى بيته لان ما ليس بمحرز بان كان فى المفازة بعد تثبت فيه الحرمة اتفاقا(فان شرب الكلب من دمه) اى دم الصيد ولم يأكل من لحمه (او نهسه) اى الكلب (فقطع منه) اى من الصيد (بضعة) اى قطعة من اللحم (فرماها) اى رمى الصائد تلك البضعة (واتبعه) اى اتبع الكلب الصيد بعد النهس والقطع والرمى فاخذه وقتله ولم يأكل منه (اكل) وذلك لانه بالشرب بدون الاكل امسك على صاحبه وسلمه اليه * وكذا اذا قطع منه بضعة ولم يأكل الصيد لان الاول من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له * وكذا اذا لم يأكل واخذ ما رماه يدل على علمه بان غير ما رماه مطلوب صاحبه وفى كل منهما سلم الصيد لصاحبه وذا كاف فى تحقق علمه (وان) وصلية (اكل) الكلب(تلك البضعة بعد صيده) لان هذا ليس باكل من الصيد اذ لم يبق صيدا بعد تسليمه وقبض صاحبه (وكذا) يؤكل (لو اكل ما اطعمه صاحبه من الصيد) لانه لم يبق صيدا كما اذا القى اليه طعاما غيره (او اكل

هو) اى الكلب (بنفسه منه) اى من الصيد بان خطف شيأ منه (بعد احراز صاحبه) لانه خرج عن كونه صيدا فى هذه الحالة (بخلاف مالو اكل القطعة قبل اخذه الصيد) اى نهس الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لايؤكل لما انه اكل فى حالة الاصطياد فتبين انه جاهل ممسك على نفسه (وان خنقه) اى خنق الكلب الصيد (ولم يجرحه لايؤكل) لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ماذكرناه * وهذا يدلك على انه لايحل بالكسر * وعن الامام انه اذا كسر عضوا فقتله لابأس باكله لانه جراحة باطنة فهى كالجراحة الظاهرة كما فى الهداية * وفى الغاية الفتوى على ظاهر الرواية (وكذا ان شاركه كلب غير معلم اوكلب مجوسى اوكلب ترك مرسله التسمية عمدا)هذه المسئلة مستدركة لانها ذكرت بعينها آنفا فلا فائدة فى ذكرها ثانيا الا ان يقال توطئة الى قوله(وان ارسل مسلم كلبه فزجره مجوسى فانزجر) والمراد بالزجر التهييج اى هيجه فهاج بان صاح عليه فازداد فى العدو كما فى التبيين (حل) اكل الصيد (وبالعكس) يعنى ان ارسله مجوسى فزجره مسلم فانزجر(حرم) اكله * الحاصل انه اذا اجتمع الارسال والاغراء فالعبرة للارسال لان الزجر دون الارسال لكونه بناء على الارسال فلاينسخ به الارسال لان الشئ لايرتفع الا بمثله اوبما فوقه كما فى نسخ الآى فلا يرتفع ارسال المسلم بزجر المجوسى ولا ارساله بزجر المسلم فبقى كل واحد منهما على ما كان عليه * وفى الهداية وكل من لاتجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا فى هذا بمنزلة المجوسى (وان لم يرسله) اى الكلب(احد فزجره مسلم اوغيره فالعبرة للزاجر) اى لو انبعث الكلب بنفسه على الصيد فزجره مسلم فانزجر واخذه حل اكله استحسانا * والقياس ان لايحل لان الارسال ذكوة اضطرارية ولهذا اشترط فيه التسمية فان لم يوجد لتعدم الذكوة حقيقة وحكما * وجه الاستحسان ان الزجر عند عدم الارسال بمنزلة الارسال لان انزجاره عقيب زجره دليل على طاعته (وان ارسله) اى الكلب (ولم يسم) وقت الارسال عمدا (ثم زجره فسمى فالعبرة لحال الارسال) يعنى لايؤكل فلا عبرة بالتسمية وقت الزجر (وان ارسله على صيد فاخذ) الكلب (غيره) اى غير الصيد (حل مادام على سنن ارساله) وقال مالك لايحل لانه اخذ بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار * ولنا ان الارسال شرط غير مفيد لان المقصود حصول الصيد اذ لايقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ماعينه فسقط اعتباره مادام لم يعدل عن سنته ولو عدل عن الصيد يمنة ويسرة وتشاغل فى غير طلب الصيد وترك سنته واتبع الصيد فاخذه لم يؤكل لانه غير مرسل اليه (وكذا لو ارسله على صيود بتسمية واحدة فاخذ كلها حلت) الصيود كلها لان المقصود به حصول الصيد والذبح يقع بالارسال وهو فعل واحد فيكتفى فيه بتسمية واحدة بخلاف من ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية مذبوحة بفعل آخر فلابد من تسمية آخر (وان ارسل الفهد فكمن حتى استمكن ثم اخذ حل) لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال (وكذا الكلب اذا اعتاد ذلك) اى الكمون

فيكون حينئذ بمنزلة الفهد (ولو ارسله) اى الكلب (على صيد فقتله ثم اخذ آخر) فقتله (اكلا) جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع (كما لو رمى صيدا فاصاب اثنين) اى اصابه وغيره اكلا * ولو قتل الاول فمكث عليه طو لا من النهار ثم مر به صيد آخر لا يؤكل الثانى لانقطاع الارسال اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم (واذا رمى سهمه وسمى اكل ما اصاب ان جرحه) اى السهم لانه ذبح حكمى ولا حل بدون الذبح لما روى عن عدى بن حاتم قال قال رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم « اذا رميت فسميت فخرقت فكل وان لم تخرق فلا تأكل » (وان تركها) اى التسمية (عمدا حرم) اكله لاشتراط التسمية فى كل ذبح حقيقة او حكما بالنص (وان وقع السهم به) اى بصيد (فتحامل) تكلف فى المشى حاملا للسهم (وغاب) الصيد (ولم يقعد) الرامى (عن طلبه) اى الصيد (ثم وجده) اى الصيد (ميتا حل ان لم يكن به جراحة غير جراحة السهم) لقوله عليه السلام لابى ثعلبة « اذا رميت سهمك وغاب ثلاثة ايام فادركته فكل ما لم ينتن » رواه مسلم واما لو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لانه يظهر حينئذ لموته سببان * احدهما موجب لحله والآخر موجب لحرمته فيغلب الموجب للحرمة مع ان الموهوم فى مثل هذا كالمحقق بدليل قوله عليه السلام « لعل هوام الارض قتلته » خلافا للشافعى (ولا يحل ان قعد عن طلبه ثم وجده ميتا) لان الاحتراز عن مثله ممكن فلا ضرورة اليه فتحرم وهو القياس فى الكل الا انا تركناه للضرورة فيما لا يمكن التحرز عنه وبقى على الاصل فيما يمكن * وفى التبيين وجعل قاضيخان فى فتاواه من شرط حل الصيد ان لا يتوارى عن بصره ثم قال وهذا نص على ان الصيد يحرم بالتوارى وان لم يقعد عن طلبه واليه اشار صاحب الهداية بقوله والذى رويناه حجة على مالك فى قوله ان ما توارى عنك اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لا يحل وهذا يشير الى انه اذا توارى عنه لا يحل عندنا وان لم يقعد عن طلبه فيكون مناقضا لقوله واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل فى طلبه حتى اصابه ميتا اكل وان قعد عنه لم يؤكل فبنى الامر على الطلب وعدمه لا على التوارى وعدمه وعلى هذا اكثر كتب فقه اصحابنا ولو حمل ما ذكره على ما قعد عن طلبه كان يستقيم ولم يناقض لكنه خلاف الظاهر اه * لكن يمكن ان يقال ان كلام صاحب الهداية مبنى على ان مدار الحل وعدمه عدم التوارى وذكر الطلب فيما سبق لا عدم ان مجرد التوارى لا يضر بل لا بد مع هذا من ان يقعد عن طلبه حتى يتحقق كان التوارى فانه اذا غاب المرمى ولم يقعد الرامى عن طلبه فوجد ميتا لا يعد هذا تواريا وقد اومى اليه صاحب الهداية بقوله الا انا اسقطنا اعتباره اى اعتبار الموهوم مادام فى طلبه ضرورة ان لا يعرى الاصطياد عنه * وفى النهاية اى عن التغيب عن بصره فى الغياض والمشاجر والبرارى والطير بعد ما اصابه السهم يتحامل ويطير حتى يغيب عن بصره فيسقط اعتباره ضرورة اذا كان فى طلبه لان الطالب كالواجد ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه ولانه لو قعد يكون التوارى بسبب عمله ويمكن الاحتراز عن ذلك التوارى بان يتبع اثره ولا يشتغل بعمل آخر (والحكم فيما جرحه

الكلب) بالارسال (كالحكم فيما جرحه السهم) في جميع ماذكر (وان رماه) الصيد (فوقع في ماء) فمات فيه اى فى الماء (و) وقع (على سطح او) على (جبل او شجر اوحائط او آجرة ثم تردى) منه الى الارض (فمات حرم اكله) لانه مترديه وهى حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمى اذالماء مهلك* قيل هذا اذا لم يقع الجرح مهلكا فى الحال اما اذا كان مهلكا فوقوعه فى الماء حيالايضر لان الحياة الباقيه فيه كالحياة فى المذبوح بعد الذبح فيؤكل وكذا السقوط من علو لاحتمال ان يكون من السقوط لامن الجرح وهذا اذا لم يكن الجرح مهلكا فى الحال اما اذا كان مهلكا وبقى فيه من الحياة بقدر مافى المذبوح ثم ترد ويحل كما فى النهاية (وكذا) يحرم (لو وقع على رمح منصوب او قصبة قائمة اوحرف) اى طرف (آجرة فجرح بها) لاحتمال ان احد هذه الاشياء قتله بحدة اوبتردية وهو ممكن الاحتراز عنه (وان وقع على الارض ابتداء حل) لانه لايمكن الاحتراز عنه وفى اعتباره سدباب الاصطياد* بخلاف ما اذا امكن التحرز عنه لان اعتباره لايؤدى الى الحرج فامكن ترجيح المحرم عند التعارض على ماهو الاصل فى الشرع كما فى التبيين (وكذا لو وقع على صخرة اوآجرة فاستقر) عليهما وكذا لو وقع على جبل اوظهر بيت ولم يترد منه (ولم ينجرح) حل لان وقوعها على هذه الاشياء وعلى الارض سواء* وفى الهداية وذكر فى المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد وحمل مطلق المروى من قوله فاستقر عليها فى الاصل على غير حالة الانشقاق وحمله اى رواية المنتقى شمس الائمة السرخسى على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المرو وفى الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الامايصيبه من الارض لووقع عليه وذلك عفو كما لووقع على الارض وانشق بطنه وهذا اى مافعله شمس الائمة اصح اه (وان وقع فى الماء فمات حرم) هذا المسئلة مستدركة لانها ذكرت بعينها آنفا فلا فائدة فى ذكرها ثانيا الا ان يقال ذكرها تمهيداً لقوله (وان كان الطير مائيا فوقع فيه) اى فى الماء (فان انغمس جرحه) بضم الجيم (فيه) اى فى الماء (حرم) لاحتمال الموت بالماء وبه قالت الائمة الثلاثة اذا كانت جراحة غير مهلكة * اما اذا كانت مهلكة تحل عند الشافعى ومالك (والا) اى ان لم ينغمس جرحه فى الماء (حل) لتيقن الموت بالرمى (ويحرم ماقتله المعراض) وهو اسم اسهم لاريش له يمر على عرضه فيصيب (بعرضه) لقوله عليه السلام فيه ما اصابه بحده فكل وما اصابه بعرضه فلا تأكل* ولانه لابد له من الجرح ليتحقق معنى الزكوة كما فى الهداية (او البندقة) معطوف على المعراض اى يحرم ماقتلته البندقة وهى طينة مدورة يرمى بها لانه يدق ويكسر ولايجرح فصار كالمعراض اذا لم يخرق (ولم يخرجه) قيد لهما (وان اصابه) اى اصاب الرامى الصيد (بحجر) اى بان رماه بحجر (وجرحه بحده) بكسر الحاء بمعنى الحدة كما فى شرح المجمع والظاهر انه بالفتح بمعنى طرفها (فان) كان الحجر (ثقيلا لايؤكل) لاحتمال انه قتله بثقله (وان) كان (خفيفا اكل) لتعين الموت بالجرح وان كان خفيفا وجعله اى الجرح

طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديده ولم يبضع بضعا لايحل لانه قتله دقا كما في الهداية (وان لم يجرحه لايؤكل مطلقا) سواء كان ثقيلا او خفيفا لاشتراط الجرح (ولو رماه بسيف اوبسكين فاصابه ظهره) اى ظهر السيف او السكين (اومقبضه) اى مقبض السيف اوالسكين (فقتله لايؤكل) لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء والاصل في هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك ولايدرى مات بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطا (وشرط في الجرح الادماء) لقوله عليه السلام ماانهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار (وقيل لايشترط) الادماء لاتيان مافي وسعه وهو الجرح واخراج الدم ليس في وسعه فلايكون مكلفا به لان الدم قديحتبس لغلظه اولضيق المنفذ بين العروق وكل ذلك ليس في وسعه (وقيل ان) كان الجرح (كبيراً لايشترط) الادماء (وان) كان (صغيرا يشترط) لان الكبير انما لايخرج منه الدم لعدمه والصغير لضيق المخرج ظاهراً فيكون التقصير منه (وان اصاب السهم ظلفه) اى ظلف الصيد بكسر الظاء حافره (او قرنه فان ادماه حل) اكله (والافلا) يحل وهذا يؤيد قول من يشترط خروج الدم * ولو ذبح شاة اوغيرها فتحركت بعد الذبح وجرح منها دم مسفوح تؤكل ولولم يتحرك ولم يخرج الدم لاتؤكل ولولم تتحرك وخرج الدم المسفوح اوتحرك ولم يخرج منها الدم اكلت وان علم حياتها عند الذبح تؤكل وان لم يخرج الدم ولم تتحرك (وان رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل) الصيد (دون العضو) اى يؤكل صيد قطع عضو منه بالرمي كاليد اوالرجل لانه ذابح برميه ولايؤكل عضوه المقطوع لقوله عليه السلام * ماابين من الحى فهو ميت * قد ذكر عليه السلام الحى مطلقا فينصرف الى الحى الحقيقي * وعند الشافعي يؤكلان اذا مات الصيد في الحال والا يؤكل المبان منه لاالمبان (وان قطعه) اى العضو (ولم يبنه فان احتمل التئامه) فمات (اكل العضو ايضا) اى كمايؤكل الصيد لانه بمنزلة سائر اجزائه (والا) اى وان لم يحتمل ولم يتوهم الالتئام بعلاج ان بقى منه معلقا بجلده (فلا) يؤكل المبان لوجود الابانة معنى والعبرة للمعانى (وان قده) اى شق الصيد طولا وكذا عرضا كما في القهستانى (نصفين او قطعه اثلاثا والاكثر من جانب العجز اكل الكل) اى يؤكل المبان والمبان منه جميعا اذ لايمكن بقاء الحياة بعد هذا الجرح فلايتناوله الحديث بخلاف ما اذا كان الثلثان في طرف الرأس والثلث في طرف العجز اذ يؤكل المبان منه لاالمبان لامكان الحياة في الثلثين فوق حياة المذبوح بخلاف ما اذا قطع اقل من نصف الرأس اذ يؤكل المبان منه لاالمبان لامكان الحياة المذكورة (وكذ) اكل الكل (اوقطع نصف رأسه اواكثر) للعلة المذكورة (واذا ادرك الصيد حيا حياة فوق حياة المذبوح فلابد من ذكوته) لانه قدر على الاصل وهو ذكوة حقيقة قبل حصول المقصود بالبدل وهو ذكوة الاضطرار اذ المقصود هو الاباحة بالذكوة الاضطرارية ولم يثبت قبل الموت الصيد فبطل حكم البدل (فان تركها) اى

(الذكوة)

الذكوة (متمكنا) اى قادرا (منها) اى من الذكوة (حرم) لما بيناه آنفا (وكذا) يحرم (او) تركها (غير متمكن) منها اما لفقد الآلة او ضيق الوقت ومعه آلة الذبح وفيه من الحياة فوق ما يكون فى المذبوح (فى ظاهر الرواية) لان ذكوة الاضطرار انما تعتبر اذا لم يقع فى يده حيا وهذا وقع فى يده حيا فيسقط اعتبار ذكوة الاضطرار فيه* وعن الشيخين وهو قول الشافعى انه يحل اذا كان فيه من الحياة اكثر مما فى المذبوح بعد الذبح (وان لم يبق من حياته الا مثل حياة المذبوح وهو ما لا يتوهم بقؤه) بعد هذا كما اذا شق بطنه واخرج ما فيه (فلم يدركه حيا) فيحل ولا تلزم تذكيته لانه لم يبق اضطراب المذبوح* وفيه اشارة الى انه لو مات قبل وصول الذابح او مع وصوله او بعد وصوله بلا فصل اكل وبه نأخذ كما فى القهستانى نقلا عن النظم (وقيل عند الامام لا بد من تذكيته ايضا) اى كما يكون فيه حياة فوق ما يكون فى المذبوح لانه وقع فى يده حيا فلا يحل الا بذكوة الاختيارى (فان ذكاه حل) اجماعا (و كذا ان ذكى المتردية) اى التى سقطت من العلو (اى النطيحة) اى التى ماتت من النطح وهو ضرب الكبش بالقرن (والموقودة) اى التى قتلت بالخشب (والتى بقر) اى شق (الذئب بطنها وفيه) اى وفى كل واحد من هذه الاربعة (حياة خفية) اى دون حياة المذبوح (او جلية) اى فوق حياة المذبوح* وقيل الخفية بان لم يتحرك ولكن يتنفس بالحياة والجلية بان يتحرك (حل) اى يحل اكل هذه الاربعة اذا ذكيت (وعليه الفتوى) لقوله تعالى «وما اكل السبع الا ما ذكيتم» استثناء مطلقا من غير تفصيل فيتناول كل حى مطلقا لان المقصود تسييل الدم النجس بفعل الزكوة وقد حصل (وعند ابى يوسف ان كان) احد هذه الاربعة بحيث (لا يعيش مثله لا يحل) بالتذكية لانه لم يكن موته بالذبح اى مضافا الى الذبح وبه قالت الائمة الثلاثة (وعند محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح حل والا) اى وان لم يكن يعيش فوق ما يعيش المذبوح بل كان يعيش مقدار ما يعيش المذبوح (فلا) يحل بالتذكية لان قدر حياة المذبوح غير معتبر (ومن رمى صيدا فاثخنه) اى جعله ضعيفا (او اخرجه عن حيز الامتناع) اى صيره الى حال لا ينجو من يد الصائد ولكن ترجى حياته (ثم رماه آخر فقتله حرم) اكله لاحتمال الموت بالثانى وهو ليس بذكوة للقدرة على ذكوة الاختيار (وضمن) الثانى (قيمته) اى قيمة الصيد (مجروحا للاول) يعنى الاول ملك الصيد باثخانه والثانى برميه اتلف ملكه فيضمن قيمته معيبا بالجراحة* وفى التبيين تفصيل* فليطالع* قيدنا بقولنا ترجى حياته لانه لم ترج حياته بان قطع بالرمى الاول رأسه او بقر بطنه او نحوهما يحل اكله* لان الموت مضاف الى الاول لا الثانى كما فى شرح المجمع (وان لم يثخنه الاول) ورماه الثانى فقتله (حل) اكله لانه حين رمى الثانى كان صيدا لقدرته على الامتناع (وهو) اى الصيد (للثانى) لانه هو الذى اخذه واخرجه عن حيز الامتناع* وقد قال عليه السلام «الصيد لمن اخذه» وفى التبيين ولو رمياه معا فاصابه احدهما قبل الآخر واثخنه ثم اصابه الآخر او رماه احدهما اولا ثم رماه الثانى قبل ان يصيبه الاول او بعد ما اصابه قبل ان يثخنه فاصابه الاول واثخنه او اثخنه ثم اصابه

اثنى فقتله فهو للاول ويؤكل* وقال زفر لايحل اكله ولو رمياه معا واصاباه معا ففات منهما فهو بينهما لاستوائهما فى السبب والبازى والكلب فى هذا كالسهم حتى ملكه باثخانه ولا يعتبر امساكه بدون الاثخان* وتمامه فيه* ان شئت فليراجع (ومن ارسل كلبا على صيد فادركه فضربه فصرعه) اى طرحه على الارض (ثم ضربه فقتله اكل* وكذا) يؤكل (لو ارسل كلبين فصرعه احدهما وقتله الآخر) لان الامتناع من الجرح بعد الجرح لايدخل تحت التعليم فجعل عفواً مالم يكن ارسال احدهما بعدما اثخنه الاول (ولو ارسل رجلان كل منهما كلبه فصرعه احدهما وقتله الآخر حل) اكله اذا كان ارسال الثانى قبل ان يثخنه الاول لما بينا (وهو) اى الصيد (للاول) ان كان اثخنه قبل ان يجرحه الثانى» لانه اخرجه من حد الصيدية فملكه ولايحرم بجرح الثانى بعدما اثخنه الاول» لان ارسال الثانى حصل الى الصيد لكونه قبل ان يثخنه لان المعتبر فى الحال والحرمة حالة الارسال لقدرته على الامتناع ولا يعتبر بعده لعدم قدرته عليه* وعن هذا قال (ولو ارسل الثانى بعد صرع الاول حرم) لما بينا ان الارسال اذا كان بعد الخروج عن الصيدية لم يكن موته ذكوة للقدرة على ذكوة الاختيار (وضمن) الثانى للاول (كما فى الرمى) لتلف الصيد المملوك للاول بارسال الثانى (ومن سمع حسا) اى صوتا خفيفا (فظنه انسانا فرماه او ارسل عليه كلبه فاذا هو صيد) فقتله (اكل) لانه لامعتبر بظنه مع تعينه صيدا كما فى الهداية* وذكر فى المنتقى اذا سمع حسا بالليل فظن انه انسان او دابة فرماه فاذا ذلك المرمى صيد واصابه او اصاب صيدا آخر وقتله لايؤكل لانه رماه وهو لايريد الصيد* ثم قال ولايحل الصيد الابوجهين ان يرميه وهو يريد الصيد وان يكون مرميه صيدا سواء كان مما يؤكل اولا* وهذا اوجه لان الرمى الى الآدمى ونحوه بقصد لايعد صيدا فلايمكن اعتباره ولو اصاب صيدا* وقد قال فى الهداية وان تبين انه حس آدمى لايحل المصاب وحل قولاه المختلفان على الروايتين عن ابى يوسف وتمامه فى التبيين » فليطالع

كتاب الرهن

وجه المناسبة بين كتاب الرهن وكتاب الصيد ان كل واحد منهما سبب لتحصيل المال* ومن محاسنه حصول النظر لجانب الدائن والمديون* وهو مشروع بقوله تعالى* فرهان مقبوضة* وبما روى انه عليه السلام* اشترى من يهودى طعاما ورهنه بها درعه* وقد انعقد الاجماع على ذلك لانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة فى طرف بالوجوب وهى الكفالة كما فى الهداية (هو) اى الرهن لغة الحبس مطلقا* قال الله تعالى* كل نفس بما كسبت رهينة» اى محبوسة بجزاء عملها ويقال قلب المحب رهن عند حبيبه وقيل هو جعل الشئ محبوسا اى شئ كان باى سبب كان وقد يطلق الرهن على المرهون تسمية للمفعول بالمصدر وحينئذ يجمع على رهان ورهون ورهن وشرعا (حبس شئ بحق يمكن استيفاؤه) اى استيفاء الحق (منه) اى من ذلك الشئ (كالدين) اى مثل ما وجب فى الذمة حتى اذا ارتهن بما لايمكن استيفاؤه من الرهن كان الرهن باطلا كالرهن بالقصاص والحدود* والمراد بالشئ هنا المال* ولذا قال البعض هو حبس المال بحق كما قيل هو حبس العين بالدين فصار ذلك خروجا من العموم الى الخصوص* ويراد

(بالحق)

بالحق هنا ما يعم الدين الواجب حقيقة وهو الظاهر كالديون في الذمة او حكما كالاعيان المضمونة بنفسها مثل المغصوب والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد لان الموجب الاصلي في هذه الاعيان المثل والقيمة ومآلهما الى الدين * ولذا تصح الكفالة به والابراء عن قيمته * هذا عند الجمهور * ويدل على هذا عبارة الضمان * فرد العين وجودها خلاص عن الدين * بخلاف العين الغير المضمونة كالودائع والعواري وبخلاف المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع * وفي الاصلاح وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق لا حبس الشيء بحق لان الحابس هو المرتهن لا الراهن بخلاف الجاعل اياه محبوسا اه * وفيه كلام لانه لا يرد ذلك لان اللازم في الرهن الشرعي كونه مقبولا ومحبوسا عند المرتهن او العدل * اذ مجرد جعل الراهن الشيء محبوسا لا يفيد بدون مطاوعة المرتهن * لانه آخذ الحق منه * تدبر (وينعقد) الرهن (بايجاب) من الراهن بان قال رهنتك هذا المال بدين لك على (وقبول) من المرتهن كما في سائر العقود حال كون ذلك العقد غير لازم لزوما شرعيا (ويتم بالقبض) اختلف العلماء في القبول قال بعضهم انه شرط * والظاهر ما ذكر في المحيط يشير الى انه ركن * وقال بعضهم الايجاب ركن والقبول شرط اما القبض فشرط اللزوم * وفي الذخيرة قال محمد رحمه الله لا يجوز الرهن الا مقبوضا * فقد اشار الى ان القبض شرط الجواز * وقال شيخ الاسلام شرط اللزوم * وبه قال اكثر العلماء * والاول اصح كما في الهداية * وفي الكنز ولزم بايجاب وقبول ويتم بقبضه اه * وهو مذهب مالك * وفي التبيين وهذا سهو فان الرهن لا يلزم بالايجاب والقبول لانه تبرع كالهبة والصدقة * ولكنه ينعقد بهما فيلزم به انتهى * لكن يمكن الجواب بان المراد باللزوم هو الانعقاد يدل عليه قوله «ويتم بقبضه» فانه لو اراد ما هو الظاهر منه لما قال انه يتم به * اذ اللازم لا يحتاج في تمامه الى شيء آخر * تدبر (محوزا) اي يتم بالقبض حال كونه مجموعا * احتراز عن رهن الثمر على الشجر ورهن الزرع في الارض لان المرتهن لم يحزه اي لم يجمعه ولم يضبطه حال كونه (مفرغا) عن ملك الراهن * وهو احتراز عن عكسه وهو رهن الشجر دون الثمر ورهن الارض دون الزرع ورهن دار فيها متاع الراهن حال كونه (مميزا) عن اتصاله بغيره اتصال خلقة * وهو احتراز عن رهن المشاع كرهن نصف العبد او الدار * وفي الدرر وهذه المعاني هي المناسبة لهذه الالفاظ لا ما قيل ان الاول احتراز عن رهن المشاع والثاني عن المشغول والثالث عن رهن ثمر على الشجر دون الشجر كما لا يخفى على اهل النظر * تدبر (والتخلية) هي ان يخلي بين الرهن والمرتهن (فيه) اي في الرهن (وفي البيع قبض) اي في حكم قبض المرتهن * وبه قال الشافعي ومالك * حتى اذا وجدت من الراهن بحضرة المرتهن ولم يأخذه فضاع ضمن المرتهن كما ان التخلية في المبيع قبض كذلك * هذا في ظاهر الرواية لان الراهن يقدر على التخلية دون القبض الحقيقي لكونه فعل الغير فلا يكلف به * ولذا قيل التخلية تسليم الا ان ذكر القبض هنا ابلغ وانسب من التسليم لان القبض كان منصوصا فيه فصار مخصوصا به كما في الهبة والصدقة وعن ابي يوسف ان القبض

لا يثبت بها فى المنقول الا بالنقل كما فى الغصب لان القبض هو موجب للضمان* قيل القياس على البيع المشروع اولى من القياس على الغصب الممنوع* وفى المنح فان قلت ينبغى ان لا تكفى التخلية فى قبض الرهن اذ القبض منصوص عليه فى الرهن بخلاف البيع وقد استدل المشايخ على شرطية القبض فى الرهن بقوله تعالى « فرهان مقبوضة » فانه امر بالرهن لان المصدر متى قرن بالفاء فى محل الجزاء يراد به الامر كما وقع فى كثير من القرآن والاصل ان المنصوص يراعى وجوده على اكمل الجهات * قلت اجيب عنه بان المنصوص انما يراعى وجوده على اكمل الجهات اذا نص عليه بالاستقلال واما اذا ذكر تبعا للمنصوص فلا يجب ان يراعى وجوده كما ذكر فان التراضى فى البيع منصوص عليه بقوله تعالى « الا ان تكون تجارة عن تراض » فلو صح ما قال المعترض لبطل بيع المكره ولم يفسد وليس كذلك انتهى * لكن لا نسلم هذه الملازمة بل اللازم من صحة ما قال المعترض هو ثبوت صحة البيع بالرضاء فى الجملة على قياس التخلية فى الرهن فانها قبض فى الجملة كما فى البيع والهبة * تدبر (وللراهن ان يرجع عنه) اى عن الرهن (قبل القبض) لكونه غير تام وغير لازم قبل القبض (فاذا قبض لزم) الرهن لما قررناه آنفا فلا رجوع بعده (وهو) اى الرهن (مضمون بالاقل من قيمته) اى الرهن (ومن الدين) اذا هلك والاقل اسم تفضيل استعمل باللام وكلمة من ليست تفضيلية بل بيانية والمعنى بالاقل الذى هو من هذين المذكورين ايهما كان * وقال الشافعى الرهن كله امانة فى المرتهن فلا يسقط شئ من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام « لا يغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه » اى للراهن الزوائد وعليه غرمه اى لو هلك كان الهلاك على الراهن قال معناه لا يصير مضمونا بالدين* ولنا قوله عليه السلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده « ذهب حقك » وقوله عليه السلام « اذا عمى الرهن فهو بما فيه » معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك الرهن واجماع الصحابة والتابعين رضى الله تعالى عنهم على ان الرهن مضمون مع اختلافهم فى كيفيته والقول بالامانة خرق له* والمراد بقوله عليه السلام « لا يغلق الرهن » على ما قالوا الاحتباس الكلى بان يصير مملوكا كذا ذكره الكرخى عن السلف * وعن النخعى فى رجل دفع الى رجل رهنا واخذ درهما فقال ان جئتك بحقك الى كذا وكذا والا فالرهن لك فقال ابراهيم لا يغلق الرهن فجعله جوابا للمسئلة * وتمام تحقيقه فى شروح الهداية وغيرها تتبع (فلو هلك) كل الرهن فى يد المرتهن (وهما) اى الرهن والدين (سواء) اى متساويان فى المقدار (صار المرتهن مستوفيا لدينه) حكما فلا يطالب المرتهن من الراهن ولا الراهن من المرتهن شيأ (وان) كانت (قيمته) اى الرهن (اكثر) من الدين (فالزائد امانة) فى يد المرتهن لما روى عن على رضى الله تعالى عنه انه قال « المرتهن امين فى الفضل » ولان المضمون يقع بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين فلا يدخل الفضل فى ضمانه * خلافا لزفر اذ عنده مضمون بقيمة الهلاك لا بالاقل منهما فيدخل الفضل فى ضمانه بالهلاك لان الفضل عن الدين مرهون لكونه محبوسا به فيكون مضمونا (وان كان الدين اكثر) من قيمة الرهن (سقط منه) اى من الدين (قدر القيمة) اى قيمة

الرهن (وطولب الراهن بالباقى) من الدين مثلا اذا كان الدين مائة درهم والرهن ايضا يساوى مائة درهم فهلك من غير تعد صار المرتهن مستوفيا دينه حكما ولا يبقى له مطالبة على الراهن فان كان الرهن يساوى مائة وخمسين درهما مثلا فالخمسون امانة فى يده فلا يضمنها الا بالتعدى وان كان الرهن يساوى تسعين يصير المرتهن مستوفيا من دينه تسعين درهما ويرجع على الراهن بعشرة دراهم (وتعتبر قيمته) اى قيمة الرهن (يوم قبضه) وفى المنح نقلا عن الخلاصة وحكم الرهن انه لو هلك فى يد المرتهن او العدل ينظر الى قيمته يوم القبض والى الدين فان كانت قيمته مثل الدين سقط الدين بهلاكه الى آخر ماقاله * وفى التبيين ان ضمان الرهن على المرتهن يخالف ضمان الاجنبى فانه تعتبر قيمته يوم القبض بخلاف مالو اتلفه اجنبى فان المرتهن يضمنه قيمته ويكون رهنا عنده والواجب هنا فى المستهلك قيمته يوم هلك باستهلاكه * ثم بحث وقال وان نقصت القيمة بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم القبض الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض لا بتراجع السعر انتهى * اذا تقرر هذا ظهر لك ان ماذكره صاحب الفوائد من قوله المعتبر قيمة الرهن يوم الهلاك لقولهم ان يده امانة فيه الى آخر ماقاله مخالف لصريح المنقول انتهى * وفى التنوير المقبوض على سوم الرهن اذا لم يبين المقدار اى مقدار ما يريد اخذه من الدين ليس بمضمون من الدين فى الاصح (ويهلك) الرهن (على ملك الراهن فكفنه) اى كفن العبد الرهن او الامة المرهونة (عليه) اى على الراهن لانه ملكه حقيقة وهو امانة فى يد المرتهن حتى اذا اشتراه لا ينوب قبض الرهن عن قبض الشراء لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الضمان واذا كان ملكه فات كان عليه كفنه (وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه) لان هلاك الرهن لا يسقط طلب الدين (ويحبسه به) اى يحبس المرتهن الراهن بدينه (وان) وصلية (كان الرهن عنده) لان حقه باق بعد الرهن والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضى يحبسه دفعا للظلم وهو المماطلة (وله) اى المرتهن (ان يحبس الرهن بعد فسخ عقده) اى عقد الرهن (حتى يقبض دينه الا) وقت (ان يبرئه) اى المرتهن عن الدين لان الرهن لا يبطل بمجرد الفسخ بل برده على الراهن بطريق الفسخ فانه يبقى ما بقى القبض والدين (وليس عليه) اى على المرتهن (ان كان الرهن فى يده) اى المرتهن (ان يمكن الراهن من بيعه) اى من بيع الرهن (للايفاء) يعنى لو اراد الراهن ان يبيع الرهن ليقضى الدين بثمنه لا يجب على المرتهن ان يمكنه من البيع لان حكم الرهن الحبس الدائم الى ان يقضى الدين فكيف يصح القضاء من ثمنه (وليس للمرتهن الانتفاع بالرهن) باستخدام ولا بسكنى ولا بلبس الا باذن المالك لان حق المرتهن الحبس الى ان يستوفى دينه دون الانتفاع (ولا اجارته ولا اعارته) اى ليس للمرتهن الانتفاع باجارة او باعارة اذا لم يكن له الانتفاع بنفسه فلا يكون مالكا لتسليط الغير الا باذن الراهن * وفى المنح وعن عبد الله بن محمد بن مسلم السمرقندى وكان من كبار علماء سمرقند ان من ارتهن شيأ لا يحل له ان

ينتفع بشئ منه بوجه من الوجوه وان اذن الراهن لانه اذن له فى الربوا لانه يستوفى دينه كاملا فتبقى له المنفعة التى استوفى فضلا فيكون ربوا وهذا امر عظيم كذا رأيت منقولا بهذا اللفظ وعزاه الى الجامع لجد الائمة السرخسى * قلت وهو مخالف لكلام عامة المعتبرات * ففى الخانية رجل رهن شاة واباح للمرتهن ان يشرب لبنها كان للمرتهن ان يشرب ويأكل ولا يكون ضامنا * وفى الفوائد الزينية اباح الراهن للمرتهن اكل الثمار فاكلها لم يضمن * ثم قال يكره للمرتهن الانتفاع بالرهن باذن الراهن وان اذن له فى السكنى فلا رجوع بالاجرة انتهى * فليحمل ماتقدم على الديانة ومافى سائر المعتبرات على الحكم (ويصير بذلك) اى يصير المرتهن بالانتفاع قبل الاذن (متعديا) اذ هو غير مأمور به من جهة المالك (ولا يبطل به) اى بالتعدى (الرهن) لبقاء العقد قبل استيفاء الدين (واذا طلب) المرتهن (دينه امر باحضار الرهن) اولا ان لم يكن للرهن مؤنة حمل بقرينة الاتى ليعلم انه باق ولان قبضه وقبض استيفاء فلاوجه لقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء * لان هلاكه يحتمل فاذا هلك فى يد المرتهن تكرر الاستيفاء (فاذا احضره) اى المرتهن الرهن (امر الراهن بتسليم كل دينه اولا) ليتعين حق المرتهن فى الدين كما يعين حق الراهن فى الرهن الحاضر تحقيقا للتسوية بينهما (ثم) امر (المرتهن بتسليم الرهن) كما امر البائع بتسليم المبيع بعد تسلم المشترى الثمن (وكذا) اى وكذا الحكم فيه مثل الحكم فيما تقدم (لو طالبه) المرتهن (بالدين فى غير بلد العقد) اى عقد الرهن (ولم يكن للرهن حمل ومؤنة) فان الاماكن فى حق التسليم كمكان واحد فيما ليس لحمله مؤنة (فان كان له) اى للرهن (حمل ومؤنة فله) اى للمرتهن (ان يستوفى دينه بلا) تكليف (احضار الرهن) لان الواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان وللراهن ان يحلف المرتهن بالله ماهلك (وكذا) اى للمرتهن ان يستوفى دينه من الراهن (ان كان الرهن وضع عند عدل) بامر الراهن (ولا يكلف باحضاره) لكونه فى يد الغير بامر الراهن (ولا) يكلف ايضا المرتهن (باحضار ثمن رهن باعه) اى الرهن (المرتهن بامر الراهن حتى يقبضه) اى الثمن من المشترى لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كأن الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف باحضاره لقيام البدل (ولا) يكلف ايضا (ان قضى بعض حقه بتسليم حصته حتى يقبض الباقى) من الدين لان له ان يحبس كل الرهن حتى يستوفى البقية كما فى حبس المبيع (وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذى فى عياله) واجيره مشاهرة او مسانهة لان العبرة بالمساكنة لا بالنفقة حتى ان الزوجة لو دفعت الرهن الى الزوج لا يضمن ان هلك مع ان الزوج ليس فى نفقتها (فان حفظه) اى المرتهن الرهن (بغيرهم) اى بغير المذكورين (او اودعه) اى المرتهن عند آخر فهلك (ضمن) المرتهن (كل قيمته) لان المالك ما اذن له فى ذلك فيضمن جميع قيمته كالمغصوب لكونه متعديا وهل يضمن المودع الثانى فهو على الخلاف الذى بيناه فى مودع المودع * ثم ان قضى بقيمة الرهن فيما اذا تعدى المرتهن عليه من جنس الدين يلتقيا قصاصا بمجرد القضاء

بالقيمة اذا كان الدين حالا وطالب المرتهن الراهن بالفضل ان كان هناك فضل وان كان الدين مؤجلا يضمن قيمة الرهن وتكون القيمة رهنا عند المرتهن فاذا حل الاجل اخذه المرتهن بدينه وان قضى بالقيمة من خلاف جنسه كان الضمان رهنا عنده الى قضاء دينه لانه بدل الرهن فاخذ حكمه (وكذا) يضمن جميع قيمته (ان تعدى فيه) اى فى الرهن صريحا كما فى الغصب لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالاتلاف (اوجعل الخاتم) الرهن (فى خنصره) فهلك يضمن جميع قيمته لانه استعمال (فان جعله) اى الخاتم والظاهر بالواو لا بالفاء (فى اصبع غيرها) اى غير الخنصر (فلا) يضمن لان ذلك يعد حفظا فظهور التعدى فى الاول دون الثانى مبنى على العادة * ولو رهنه خاتمين فلبس خاتما فوق خاتم فان كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن والا كان حافظا فلا يضمن وكذا يضمن بتقلد سيفى الرهن لانه ايضا استعمال لا الثلاثة فانه حفظ فان الشجعان يتقلدون فى العادة بسيفين لا الثلاثة (وعليه) اى على المرتهن (مؤنة حفظه) اى الرهن اى ما يحتاج فى حفظ نفس الرهن (و) مؤنة (رده) اى رد الرهن (الى يده) اى الى يد المرتهن ان خرج من يده كجعل الآبق ان كانت قيمة الرهن مثل الدين وان كانت اقل منه فالمؤنة عليه ايضا بطريق الاولى ولذا لم يتعرض له (و) كذا مؤنة (رد جزئه) الى يد المرتهن بان تبيض عين الرهن او يحدث به مرض آخر فمداواته على المرتهن لان الامساك حق له وواجب عليه فتكون المؤنة عليه (كاجرة بيت حفظه و) اجرة (حافظه) وفى الهداية هذا فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف ان كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعى فى تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه محتاج الى اعادة يد الاستيفاء التى كانت له ليرده وكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لانه امانة فى يده والرد لاعادة اليد ويده فى الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذى ذكرناه فان كلها يجب على المرتهن وان كان فى قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك اى اجرة البيت بسبب الحبس وحق الحبس فى الكل ثابت له فاما الجعل انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون * ومن هذا قال (واما جعل الآبق والمداواة) اى مداواة القروح ومعالجة الامراض (والفداء من الجناية فتنقسم على المضمون والامانة) يعنى ما كان من حصة المضمون فعلى المرتهن وما كان من حصة الامانة فعلى الراهن * اذا تقرر عندك ما نقلنا من الهداية لا يخفى عليك ما فى المتن من الاختلال * ولو قال وعليه مؤنة حفظه كاجرة بيت حفظ وحافظ وان كان فى قيمة الرهن فضل وعليه مؤنة رده الى يده اورد جزئه اذا كانت قيمته والدين سواء واما اذا كانت اكثر منه اى الدين فتنقسم على المضمون والامانة كالفداء من الجناية كما فى اكثر المعتبرات لكان اسلم * تدبر (ومؤنة تبقيته) اى جعل الرهن باقيا (و) مؤنة (اصلاحه) اى اصلاح منفعته (على الراهن كالنفقة) من مأكله ومشربه (والكسوة واجرة الراعى واجرة

ظئر ولد الرهن) هذه امثلة مؤنة التبقية (وسقي البستان وتلقيح نخله) اى نخل البستان (وجذاذه) اى التمر من النخل (والقيام بمصالحه) كاصلاح جداره وقلع الحشيش المضر وغيرهما منه *هذه امثلة المؤنة لاصلاح منافعه *الاصل فيه ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن بنفسه وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل اولا لان العين باقية على ملكه وكذا منافعه مملوكة له اصلا وتبقيته عليه لما انه مؤنة ملكه كما في الوديعة (وما اداه احدهما) اى الراهن والمرتهن (مما وجب على صاحبه بلا امر) اى بغير امر القاضى (فهو تبرع) في اداءه كما اذا قضى دين غيره بغير امره (و) ما اداه مما وجب على صاحبه (بامر القاضى يرجع) المؤدى (به) اى بما اداه وقيده صاحب المنح في متنه بقوله ويجعله دينا على الآخر وقال وحينئذ يرجع عليه وبمجرد امر القاضى من غير تصريح بجعله دينا عليه لا يرجع كما في التبيين نقلا عن المحيط وفي النهاية نقلا عن الذخيرة فعلى هذا لو قيده المصنف كما في التنوير لكان اولى تدبر (وعن الامام انه لا يرجع به ايضا) اى كما لا يرجع به اذا اداه بلا امر صاحبه (ان كان صاحبه حاضرا) وان كان بامر القاضى لانه يمكنه ان يرجع الآمر الى القاضى فيأمر صاحبه بذلك وقال ابو يوسف يرجع في الوجهين وهى فرع مسئلة الحجر لان القاضى لا يلى الحاضر ولا ينفذ امره عليه فلو نفذ امره عليه لصار محجورا عليه ولا يملك الحجر عنده وعند ابى يوسف فينفذ امره عليه كما في التبيين* قال صاحب المنح لو قال الراهن الرهن غير هذا وقال المرتهن بل هذا هو الذى رهنته عندى فالقول للمرتهن لانه هو القابض والقول للقابض بخلاف ما اذا ادعى المرتهن رده على الراهن حيث لا يقبل قوله لان ذلك شان الامانات الغير المضمونة والرهن مضمون على المرتهن* وفي التاتارخانية ويصدق المرتهن في دعوى الهلاك ولا يصدق في دعوى الرد* وفي شرح المجمع اذا ادعى المرتهن هلاك الرهن ولم يقم البينة عليه ضمنه عندنا سواء كان الرهن من الاموال الظاهرة او الباطنة خلافا لمالك في الباطنة وفي البزازية زعم الراهن هلاكه عند المرتهن وسقوط الدين وزعم المرتهن انه رده اليه بعد القبض وهلك في يد الراهن فالقول للراهن فان برهنا فالراهن ايضا ويسقط الرهن لاثباته الزيادة وان زعم المرتهن انه هلك في يد الراهن قبل قبضه فالقول للمرتهن وان برهنا فللراهن لاثباته الضمان اذن المرتهن في الانتفاع بالرهن ثم هلك الرهن فقال الراهن هلك بعد ترك الانتفاع وعوده للرهن وقال المرتهن هلك حال الانتفاع فالقول للمرتهن فلا يصدق الراهن في العود الا بحجة *رهن عبدا يساوى الفا بالف فوكل المرتهن بالبيع فقال المرتهن بعته بنصفها وقال الراهن لا بل مات عندك يحلف الراهن بالله ما يعلم انه باعه ولا يحلف بالله ما مات عنده فاذا حلف سقط الدين الا ان يبرهن على البيع *اذن الراهن للمرتهن في لبس ثوب مرهون يوما فجاء به المرتهن متخرقا وقال تخرق في لبس ذلك اليوم وقال الراهن ما لبسته في ذلك اليوم ولا تخرق به فالقول للراهن وان اقر الراهن بالبس فيه ولكن قال تخرق قبل اللبس او بعده فالقول للمرتهن ويجوز للمرتهن السفر بالرهن اذا كان الطريق آمنا وان كان له حمل ومؤنة عند الامام كالوديعة وعند محمد ليس له ان يسافر بالرهن والوديعة ايضا اذا كان له حمل ومؤنة وتمامه في المنح فليراجع

(فصل)

باب مايجوز ارتهانه والرهن به ومالايجوز

لما ذكر مقدمات الرهن شرع تفصيل مايجوز رهنه ومالايجوز اذالتفصيل بعدالاجمال (لايصح رهن المشاع وان) وصلية (كان) المشاع (مما لايحتمل القسمة) بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لايحتمل القسمة (او) كان (من الشريك) هذا عندنا لان موجب الرهن ثبوت يدالاستيفاء للمرتهن ويدالاستيفاء في الجزء الشائع لايثبت لان شرط الصحة هو التمييز ولم يتحقق * وقال الشافعي يجوز فيما يصح فيه البيع وهو قول مالك واحمد لان موجب الرهن استحقاق المبيع في الدين والمشاع يجوز بيعه فيجوز رهنه كالمقسوم (ولوطرأ) الشيوع بعد الارتهان (فسد) عند الطرفين وقيل انه باطل لايتعلق به ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه هو فيما اذالم يكن الرهن مالا اولم يكن القابل به مضمونا ومانحن فيه ليس كذلك بناء على ان القبض شرط تمام العقد لاشرط جوازه وصورة الشيوع الطارى ان يرهن الجميع ثم يتفاسخا في البعض واذن الراهن للعدل ان يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه وانه يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وهو الصحيح كما في المنح (خلافا لابي يوسف) لانه لايمنع لان حكم البقاء اسهل من الابتداء فاشبه الهبة وانما فسد لان هذا الشيوع راجع الى محل الرهن ومايرجع الى المحل فالبقاء كالابتداء وقد قالوا بالاستثناء الهبة من هذا الاصل لانها لاتحتاج الى القبض الا عند العقد بخلاف الرهن فان حكمه دوام القبض * فعلى هذا اندفع ماقاله ابو المكارم من ان وجهه على ما في الهداية وغيرها ان الكلام في محل الرهن فالبقاء والابتداء فيه سواء كالمحرمية في النكاح ولايخفى انه منقوض بالهبة فان الشيوع فيها مانع ابتداء لابقاء فالوجه الاليق بالمقام هو بيان الفرق بين الرهن والهبة انتهى تدبر * واعلم ان ماقبل البيع قبل الرهن الا في اربعة بيع المشاع جائز لارهنه بيع المشغول جائز لارهنه بيع المتصل بغيره جائز لارهنه بيع المعلق عتقه بشرط قبل وجوده في غير الدين جائز لارهنه كما في شرح الاقطع (ولا) يصح (رهن الثمر على الشجر بدون الشجر ولا) يصح رهن (الزرع في الارض بدونها) اى بدون الارض لما مر ان القبض شرط في الرهن ولايمكن قبض المتصل بغيره وحده فصار في معنى المشاع (ولا) يصح رهن (الشجر اوالارض مشغولين بالثمر والزرع) دون الثمر والزرع لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس برهن لم يجز لانه لايمكن قبض المرهون وحده * وعن الامام ان رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار بدون البناء ولان البناء اسم للمبنى فيصير راهنا جميع الارض وهى مشغولة بملك الراهن كما في الهداية (ولو رهن الشجر بمواضعها) جاز لانه رهن الارض بما فيها من الشجر وذلك جائز ومجاورة ماليس برهن لايمنع الصحة ولوكان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جائز فلاضرورة الى ادخاله من غير ذكره وبخلاف المتاع في الدار حيث لايدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما *

وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع ويدخل البناء والغرس في رهن الارض اي لو قال رهنتك هذه الدار او هذه القرية واطلق القول ولم يخص شيأ دخل البناء والغرس (او) رهن (الدار بما فيها) اي الدار (جاز) وفي الهداية ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل كله لان الرهن جعل كأنه ما ورد الا على الباقي ويمنع التسليم كون الرهن او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهونة ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار او وعاء دون الدار او الوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر (ولا يجوز رهن الحر والمدبر وام الولد والمكاتب) لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء من هؤلاء متعذر لاستحقاقهم الحرية فصاروا كالحر (ولا) يجوز الرهن (بالامانات) كالوديعة والعارية والمضاربة ومال الشركة لانها ليست بمضمونة (ولا) يجوز الرهن (بالدرك) صورته باع وسلمه الى المشتري فخاف المشتري من الاستحقاق فاخذ الثمن رهنا فهذا الرهن باطل والكفالة به جائزة * والفرق انه شرع الاستيفاء ولا استيفاء الا في الواجب فلا يحتمل الاضافة والتعليق * واما الكفالة فهي التزام بغير عوض وذلك يحتملهما كالتزام الصوم والصلاة (ولا) يجوز الرهن (بما هو مضمون بغيره كالمبيع في يد البائع) فانه مضمون بالثمن حتى لو هلك ذهب بالثمن فلا يجب على البائع شيء فالرهن لا يجوز الا بالاعيان المضمونة بنفسها كما مر ولا يجوز بالاعيان المضمونة بغيرها كالرهن وان هلك الرهن بالمبيع ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار بالباطل فلا يجب على المشتري شيء * وقال شيخ الاسلام انه فاسد لان المبيع والرهن مال والفاسد ملحق بالصحيح بالاحكام * وفي المبسوط انه جاز الرهن به فيضمن بالاقل من قيمته ومن قيمة العين وبه اخذ الفقيه ابو سعيد البردعي وابو الليث * قيل الاعيان ثلاثة * عين غير مضمونة اصلا كالامانات وعين مضمونة بنفسها كالمغصوب ونحوه وعين غير مضمونة بنفسها بل مضمونة بغيرها هو سقوط الثمن فصار هذا للتسمية بالعين المضمونة بالغير (ولا) يجوز الرهن (بالكفالة بالنفس) اي لا يجوز رهن الكفيل شيأ عند المكفول له يسلم نفس المكفول به اليه لان استيفاءه من الرهن متعذر * وفي الخانية رجل تكفل عن رجل بمال ثم ان المكفول عنه اعطى الكفيل رهنا ذكر في الاصل انه لو كفل بمال مؤجل على الاصل فاعطاه المكفول عنه رهنا بذلك جاز الرهن ولو كفل رجل على انه ان لم يواف به الى سنة فعليه المال الذي عليه وهو الف درهم ثم اعطاه المكفول عنه بالمال رهنا الى سنة كان الرهن باطلا وكذا لو كان الكفيل قال للطالب في الكفالة ان مات فلان ولم يؤد المال فهو علي ثم اعطاه المكفول عنه رهنا لم يجز (ولا) يجوز الرهن (بالقصاص في النفس

(وما)

ومادونها) عندولى القصاص لئلا يمتنع عماوجب عليه لما مر من ان استيفاء القصاص مالرهن غير ممكن بخلاف الجناية خطألان استيفاء الارش من الرهن ممكن (ولا بالشفعة) اى لايجوز رهن البائع والمشترى عند الشفيع ليسلم الدار بالشفعة لان استيفاء المبيع من الرهن غير ممكن اذ لو هلك المبيع لايلزمه الضمان (ولا) يجوز (باجرة النائحة والمغنية) لان الاجارة على ذلك باطلة شرعا فالرهن ايضا باطل لكونه فى مقابلة غير جائز اصلا (ولا) يجوز رهن المولى شيأ (بالعبد الجانى او) العبد (المديون) لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك العبد لايجب على المولى شئ فاذا لم يصح الرهن فى هذه الصور فللراهن ان يأخذ الرهن من المرتهن حتى لو هلك الرهن فى يد المرتهن قبل الطلب يهلك بلاشئ اذ لاحكم للباطل فيبقى القبض باذن المالك (ولا يجوز للمسلم رهن الخمر ولا ارتهانها من مسلم او ذمى) لان المسلم لا يملك الايفاء اذا كان راهنا ولا يملك الاستيفاء اذا كان مرتهنا * وكذا الحال فى الخنزير (ولا يضمن له) اى للمسلم (مرتهنا) اى مرتهن الخمر (ولو) وصلية (ذميا) اى اذا كان المرتهن ذميا لم يضمنها كالايضمنها بالغصب منه لانها ليست بمال فى حق المسلم (ويضمنها هو) اى المسلم (لو ارتهنها من ذمى) اذا كان الراهن ذميا والمرتهن مسلم فهلك فى يد المرتهن يضمن المسلم الخمر للذمى لانها مال متقوم فى حقه فتصير الخمر مضمونة على المسلم للذمى باقل من قيمتها ومن الدين كما يضمنها بالغصب (ويصح) الرهن (بالدين ولو) وصلية (موعودا بان رهن) شيأ من شخص (ليقرضه كذا) من المال وعند الائمة الثلاثة لايصح الرهن به (فلو هلك) هذا الرهن (فى يد المرتهن لزمه) اى المرتهن (دفع ماوعد) للراهن اى ان رهن ليقرضه الف درهم مثلا وهلك الرهن فى يد المرتهن قبل ان يقرضه الفا يجب على المرتهن تسليم الالف الموعود الى الراهن جبراً لان الموعود جعل موجودا حكما باعتبار الحاجة ولانه مقبوض من جهة الرهن الذى يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه (ان) كان الدين (مثل قيمته) اى الرهن (او اقل) منها اما اذا كان الدين اكثر من قيمة الرهن فعليه قدر قيمته هذا اذا سمى قدر الدين فان لم يسمه بان رهنه على ان يعطى شيأ فهلك فى يده يعطى المرتهن الراهن ماشاء لانه بالهلاك صار مستوفيا شيأ فيكون بيانه اليه وقال محمد لايصدق فى اقل من درهم والمصنف لم يلتفت الى هذا لانه غير متعارف كما قاله ابو المكارم لكن لانسلم ذلك لان المصنف قد ذكر حكمه فيما سبق وهو قوله وان كان الدين اكثر سقط منه قدر القيمة وطولب الراهن بالباقى تدبر * وروى عن ابى يوسف اذا قال لغيره اقرضنى وخذ هذا الرهن ولم يسم القرض فاخذ الرهن ولم يقرضه حتى ضاع الرهن فعليه قيمة الرهن فى الدين الموعود بالغة مابلغت كالمقبوض على سوم الشراء * وفى البزازية والحاصل فى الرهن بالدين الموعود ان المستقرض اذا سمى شيأ ورهن به وهلك الرهن قبل الاقراض ضمن الاقل من القيمة ومن المسمى وان لم يكن سمى شيأ اختلف فيه الامام الثانى ومحمد * لكن قررناه نقلا عن التنوير ان المقبوض على سوم الرهن اذا لم يبين المقدار ليس بمضمون

في الاصح تتبع (و) يصح الرهن (برأس مال السلم وثمن الصرف) قبل الافتراق ولم يصح عند زفر وهو قول الائمة الثلاثة لانه استبدال * ورد بان الاستبدال اخذ صورة ومعنى والاستيفاء في الرهن اخذ معنى فان العين امانة والمضمون هو المالية كما في القهستاني (وبالمسلم فيه) قبل الافتراق وبعده وعن زفر فيه روايتان * ثم اشار الى مايظهر فيه فائدة جواز الرهن بالاشياء المذكورة بالفاء بقوله (فان هلك) الرهن (في مجلس العقد) قبل الافتراق (فقد استوفى) اى صار المرتهن مستوفيا (حكما) لوجود القبض واتحاد الجنس من حيث المالية فيتم السلم والصرف (وان افترقا) اى المتعاقدان (قبل النقد) اى قبل نقد رأس المال وثمن الصرف (و) قبل (الهلاك) اى هلاك الرهن (بطل العقد) فيهما لعدم القبض حقيقة ولا حكما فان المرتهن لم يصر قابضا لحقه الا بالهلاك (والرهن بالمسلم فيه رهن ببدله اذا فسخ) اى لو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال استحسانا حتى يحبسه به والقياس ان لا يحبسه به لانه دين آخر وجب بسبب آخر وهو القبض والمسلم فيه وجب بالعقد فلا يكون الرهن باحدهما رهنا بالآخر كما لو كان عليه دينان دراهم ودنانير وباحدهما رهن فقضى الذي به الرهن او ابرأه منه ليس له حبسه بالدين الآخر وجه الاستحسان انه ارتهن لحقه الواجب بسبب العقد الذي جرى بينهما وهو المسلم فيه عند عدم الفسخ ورأس المال عند الفسخ فيكون محبوسا به لانه بدله فقام مقامه اذ الرهن بالشيء يكون رهنا ببدله كما اذا ارتهن بالمغصوب فهلك المغصوب صار رهنا بقيمته (وهلاكه) اى هلاك الرهن (بعد الفسخ هلاك بالاصل) اى هلك الرهن بعد التفاسخ هلك الرهن بالمسلم فيه لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره وهو رأس المال كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقابلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن (ويصح) الرهن (بالاعيان المضمونة بنفسها) اى بالمثل او القيمة كالمغصوب والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح من دم عمد) فان هذه الاشياء يجب تسليم عينها عند قيامها اذ لا يجوز البدل عند وجود الاصل وعند هلاكها يجب الاتيان بمثلها ان كان لها مثل وبقيمتها ان لم يكن لها مثل * فاذا هلك الرهن عند قيام العين في يد الراهن يقال له * سلم العين وخذ من المرتهن الاقل من قيمة العين ومن قيمة الرهن * لان الرهن مضمون عندنا * واذا هلك العين قبل هلاك الرهن يصير الرهن رهنا صحيحا بقيمة العين المضمونة ثم اذا هلك الرهن يهلك بالاقل من القيمة ومن قيمة الرهن (و) يصح الرهن (ببدل الصلح عن انكار وان) وصلية (اقر المدعى عليه الدين) صورته لو ادعى رجل على رجل دينا الف درهم مثلا فانكر المدعى عليه فصالحه على خمسمائة على الانكار واعطاه بها رهنا يساوى خمسمائة فهلك الرهن عند المرتهن ثم تصادقا ان لا دين عليه فان المرتهن يضمن قيمة خمسمائة للراهن باعتبار الظاهر وعن ابي يوسف خلافه اى ليس عليه ان يرد شيأ (ولو رهن الاب لدينه عبد طفله جاز) لانه يملك ايداعه * وهذا انظر منه في حق الصبي لانه اذا هلك يهلك مضمونا والوديعة

امانة ولو كان الولد كبيرا لايجوز للاب ان يرهن ماله بدين على نفسه الا باذنه (وكذا الوصى) اى الوصى مثل الاب فى الحكم المذكور وعن ابى يوسف وزفر انهما لايملكان ذلك وهو القياس لان الرهن ايفاء حكما فلا يملكان كالايفاء حقيقة * وجه الاستحسان ان فى حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله فى الحال والرهن حفظ مال الصغير فى الحال مع بقاء ملكه فيه (فان هلك) العبد الرهن (لزمهما) اى الاب والوصى (مثل ماسقط به) اى بالرهن (من دينهما) اى من دين الاب والوصى ولا يضمنان الفضل ان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين لانه امانة عند المرتهن ولهما ولاية الايداع * وذكر التمرتاشى ان قيمة الرهن اذا كانت اكثر من الدين يضمن الاب بقدر الدين والوصى بقدر القيمة لان للاب ان ينتفع بمال الصبى بخلاف الوصى وفى الذخيرة التسوية بينهما فى الحكم وقال لايضمنان الفضل لما مر من انه امانة وكذا لو سلطا المرتهن على البيع لانه موكل على بيعه وهما يملكانه (ولو رهنه) اى متاع الصغير (الاب من نفسه او من ابن آخر صغير له) اى للاب (او من عبد له) اى للاب (تاجر لادين عليه صح) لان الاب لوفور شفقته نزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين فى هذا العقد كما فى بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفى العقد (بخلاف الوصى) اى لو ارتهنه الوصى من نفسه او من هذين او رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد لايتولى طرفى العقد فى الرهن كما لايتوليهما فى البيع وهو قاصر الشفقة ولا يعدل عن الحقيقة فى حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير ومن عبده التاجر الذى ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه اى الوصى * بخلاف ابنه الكبير وابيه اى اب الوصى وعبده الذى عليه دين لانه لاولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة فى الرهن لان له حكما واحدا (وان استدان الوصى لليتيم فى كسوته او طعامه ورهن به متاعه) اى متاع اليتيم (صح) لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن اورهن لان الاولى للوصى التجارة تثمير ماله ولا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء (وليس للطفل اذا بلغ نقض الرهن فى شئ من ذلك مالم يقض الدين) لوقوعه لازما من جانبه ولو كان الاب رهنه فقضاه الابن رجع به فى مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع عليه (ولو رهن شيأ بثمن عبد فظهر) العبد (حرا او بثمن خل فظهر) الخل (خمرا او بثمن ذكية فظهرت ميتة فالرهن مضمون) لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وهو كاف لانه آكد من الدين الموعود (وجاز رهن الذهب والفضة وكل مكيل وموزون) لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن (فان رهنت بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين ولا عبرة للجودة) لانها ساقطة الاعتبار عند المقابلة بالجنس فى الاموال الربوية وهذا عند الامام فان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة (وعندهما هلك بقيمتها ان خالفت وزنها فتضمن بخلاف الجنس ويجعل رهنا مكان الهالك) قالوا وعندهما ان لم يكن فى اعتبار الوزن اضرارا

باحدهما بان كانت قيمة الرهن مثل وزنه اى يكون هلاكها بمثلها من الدين عند الامام وان كان فيه الحق ضرر باحدهما بان كانت قيمته اكثر من وزنه اواقل ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه ثم يجعل ماضمن رهنا مكانه ويكون دينه على حاله لانه لاوجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدى الى الربا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يملكه وفى النهاية والتبيين تفصيل فليراجعهما (ومن شرى) شيأ (على ان يعطى بالثمن رهنا بعينه او كفيلا بعينه صح استحسانا) لانه شرط ملائم للعقد اذ الرهن والكفالة للاستيثاق وهو يلائم الوجوب وفى القياس لايجوز لكونه صفقة فى صفقة وهى منهى عنها واذا كان الرهن او الكفيل غائبا يفوت معنى الاستيثاق لان المشترى ربما رهن شيأ حقيرا ويعطى كفيلا فقيرا لايعد من الاستيثاق فيبقى العقد بشرط غير ملائم فيفسده قياسا واستحسانا امالو كان الكفيل غائبا فحضر فى المجلس وقبل صح وكذا لو لم يكن الرهن معينا فاتفقا على تعيين الرهن فى المجلس اونقد المشترى الثمن حالا جاز وبعد المجلس لايجوز (فان امتنع) المشترى (عن اعطائه) اى اعطاء الرهن (لايجبر) المشترى على اعطائه عندنا لان عقد الرهن تبرع ولاجبر على التبرعات * وقال زفر يجبر عليه لان الرهن صار بالشرط حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة فى عقد الرهن فيلزم الرهن بلزومه (و) يثبت (للبائع) الخيار ان شاء (فسخ البيع) ان ابى من اعطاء الرهن وان شاء ترك الرهن لانه وصف مرغوب فى العقد ومارضى الا به فيتخير بفواته (الا ان دفع) المشترى (الثمن حالا) فحينئذ لايفسخه لحصول المقصود وهو الاثمان فى العقود (او) دفع (قيمة الرهن رهنا) لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة (ومن شرى شيأ وقال) المشترى (لبائعه امسك هذا) الثوب مثلا (حتى اعطيك الثمن فهو) اى الثوب (رهن) عند الطرفين (وعند ابى يوسف وديعة) لارهن وهو قول زفر والائمة الثلاثة لان قوله امسك يحتمل الامرين الرهن والايداع لانه اقل وادون من الرهن فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال امسك بدينك او بمالك على لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن * ولنا انه اتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى ايفاء الثمن فالعبرة فى العقود للمعانى الا يرى انه لو قال ملكتك هذا بكذا يكون بيعا للتصريح بموجب البيع كأنه قال بعتك بكذا ولا فرق بين ان يكون ذلك الثوب هو المشترى اولم يكن بعد ان كان بعد القبض لان المبيع بعد القبض يصلح ان يكون رهنا بثمنها حتى يثبت فيه حكم الرهن بخلاف ما اذا كان قبل القبض لانه محبوس بالثمن وضمانه يخالف ضمان الرهن فلا يكون مضمونا بضمانين مختلفين لاستحالة اجتماعهما حتى لو قال له امسك المبيع حتى اعطيك الثمن قبل القبض فهلك انفسخ البيع كما فى التبيين (ولو رهن عبدين بالف فليس له اخذ احدهما بقضاء حصته) اى حصة احدهما من الالف (كالمبيع) لان المجموع محبوس بكل الدين فيكون الجميع محبوسا بكل جزء من اجزاء الدين تحصيلا للمقصود وهو المبالغة فى الحمل على الايفاء فصار كالمبيع فى يد البائع فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيأ من المال الذى رهنه فكذلك الجواب فى رواية الاصل * وفى الزيادات له ان يقبضه اذا

ادى ماسمى له *وجه الاول ان العقد متحد لايتفرق بتفريق التسمية كما فى البيع ووجه الثانى انه لاحاجة الى الاتحاد لان احد العقدين لايصير مشروطا فى الآخر الايرى انه لوقبل الرهن فى احدهما جاز بخلاف البيع (ولورهن) رجل (عينا عند رجلين) بدين لكل واحد منهما عليه سواء كانا شريكين فى الدين اولم يكونا شريكين فيه (صح) الرهن (وكلها) اى كل العين (رهن لكل) واحد (منهما) اى من الرجلين لان الرهن اضيف الى جميع العين فى صفقة واحدة ولاشيوع فى الرهن وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا الحبس مما لايقبل الوصف بالتجزى فصار محبوسا لكل واحد منهما بخلاف الهبة من رجلين حتى لايجوز عند الامام لان العين تنقسم عليهما فيثبت الشيوع ضرورة (والمضمون على كل) واحد منهما على (حصة) دينه لان كل واحد منهما يصير مستوفيا بالهلاك اذ ليس احدهما باولى من الآخر فينقسم عليهما الان الاستيفاء مما يقبل التجزى (فان تهايئا) اى المرتهنان (فى حفظها) اى العين المرهونة (فكل) واحد منهما (فى نوبته كالعدل) الذى وضع عند الرهن (فى حق الآخر) وفيه اشارة الى ان ارتهان كل واحد منهما باق مالم يصل الرهن الى الراهن كما فى العناية *وفى التبيين هذا اذا كان لايتجزى فظاهر وان كان مما يتجزى وجب ان يحبس كل واحد منهما النصف فان دفع احدهما كله الى الآخر وجب ان يضمن الدافع عند الامام خلافا لهما (فان قضى) الراهن (دين احدهما) اى احد المرتهنين دون الآخر (فكلها) اى كل العين (رهن عند الآخر) لان جميع العين رهن فى يد كل واحد منهما من غير تفرق على ماذكر آنفا (ولو رهن اثنان من واحد صح وله) اى للواحد (ان يمسكه) اى الرهن (حتى يستوفى جميع حقه منهما) لان قبض الرهن يحصل فى الكل من غير شيوع فصار نظير البائع وهما نظير المشتريين (ولو ادعى كل من اثنين ان هذا رهن) فعل ماض (هذا الشئ) مفعول رهن (منه وقبضه) اى الشئ (وبرهنا عليه) اى على ماادعيا (بطل برهانهما) صورتها رجل فى يده عبد ادعاه رجلان يقول كل واحد منهما الذى اليد قد رهنتنى عبدك هذا بالف درهم وقبضته منك واقام البينة على مدعاهما فهو باطل اذ لاوجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لاستحالة ان يكون العبد الواحد كله رهنا لهذا وكله لذلك فى حالة واحدة ولا لاحدهما بكله لعدم اولوية حجته على حجة الآخر ولا الى القضاء لكل منهما بالنصف لافضائه الى الشيوع فيتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولايمكن ان يقدر كانهما ارتهناه معا استحسانا اذا جهل التاريخ لان ذلك يؤدى الى العمل بخلاف مااقتضته الحجة لان كلا منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله فى الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره فى الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وماذكرناه وان كان قياسا لكن محمدا اخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لاحكم له هذا اذا لم يؤرخا فان ارخا كان صاحب التاريخ الاقدم اولى *وكذا اذا كان الرهن فى يد احدهما كان صاحب اليد احق (ولو) كان هذا (بعد موت الراهن) اى اومات الراهن فاقام كل واحد منهما انه رهنه عنده وقبضه (قبلا ويحكم بكون الرهن مع كل) واحد منهما (نصفه) بدل

من الرهن (رهنا بحقه) اى بحق كل منهما استحسانا وهو قول الطرفين لان حكم الرهن هو الحبس فى الحياة وليس للشيوع وجه هنا بخلاف الممات اذ بعده ليس له الحكم الا الاستيفاء بان يبيعه الدين شاع اولم يشع وعند ابى يوسف يبطل هذا قياسا لان القضاء بالنصف غير جائز فى الحياة للشيوع وكذا فى الممات له * وفى التنوير اخذ عمامة المديون ليكون رهنا عنده لم يكن رهنا دفع ثوبين فقال خذ ايهما شئت رهنا بكذا فاخذهما لم يكن واحد منهما رهنا قبل ان يختار احدهما

باب الرهن يوضع على يد عدل

لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر فى هذا الباب الاحكام الراجعة الى نائبهما وهو العدل لما ان حكم النائب ابدا يقفو حكم الاصل ثم ان المراد بالعدل ههنا من رضى الراهن والمرتهن بوضع الرهن فى يده وزاد عليه بعض المعتبرات قيدا آخر حيث قال ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الاجل بناء عن ماهو الجارى بين الناس فيما هو الغالب والا فرضاهما ببيعه الرهن عند حلول الاجل ليس بامر لازم وعن هذا قال فى الكافى ليس للعدل بيع الرهن مالم يسلط عليه لانه مأمور بالحفظ فحسب (ولو اتفقا) اى الراهن والمرتهن (على وضع الرهن عند عدل صح) وضعهما (ويتم) الرهن (بقبض العدل) هذا عندنا وقال زفر لا يصح لان العدل يملكه عند الضمان بعد الاستحقاق فينعدم القبض وبه قال ابن ابى ليلى قلنا يده يد المرتهن فيصح والمضمون هو المالية فينزل منزلة شخصين (وليس لاحدهما) اى للراهن والمرتهن (اخذه) اى اخذ الرهن (منه) اى من العدل (بلا رضى الآخر) لتعلق حق كل واحد منهما به حفظا واستيفاء فلا يبطل كل واحد حق الآخر (ويضمن) العدل قيمة الرهن (بدفعه الى احد هما) لانه مودع الراهن فى حق العين ومودع المرتهن فى حق المالية وكل واحد اجنبى عن الآخر والمودع اذا دفع الى الاجنبى يضمن ولانه لو دفع الى المرتهن يدفع ملك الغير ولو دفع الى الرهن تبطل اليد على المرتهن وذلك تعد (وهلاكه) اى الرهن (فى يده) اى فى يد العدل (على المرتهن) لان يده فى حق المالية يد المرتهن والمالية هى المضمونة (فان وكل الراهن العدل او المرتهن او غيرهما) اى غير العدل والمرتهن (ببيعه) اى ببيع الرهن (عند حلول الدين صح)التوكيل لان الرهن ملكه فله ان يوكل من شاء من هولاء ببيع ماله معلقا ومنجزا فلو وكل ببيعه صغيرا لا يعقل فباعه بعد بلوغه لم يصح عند الامام لان امره وقع باطلا لعدم القدرة وقت الامر فلا ينقلب جائزا وقالا يصح لقدرته عليه وقت الامتثال (فان شرطت)الوكالة(فى عقد الرهن لا ينعزل) الوكيل (بالعزل) اى عزل الراهن بدون رضى المرتهن لتعلق الحق بالمرهون * وفى القهستانى واو وكل بعد الرهن انعزل وهذا ظاهر الرواية وقال شيخ الاسلام الصحيح انه لم ينعزل كما فى الذخيرة لكن الصحيح انعزل كما فى الخانية(ولا ينعزل) ايضا (بموت الراهن ولا) بموت (المرتهن) لان الوكالة المشروطة فى ضمن عقد الرهن صارت حقا من حقوقه فيلزم بلزوم اصله كما فى الهداية لكن هذا الدليل يقتضى جواز عزله قبل ان يقبض المرتهن الرهن فان اللزوم انما يتحقق بالقبض الا ان يقال

لما كانت هذه الوكالة ثابتة فى ضمن عقد الرهن فزوالها يكون فى ضمن زواله ايضا تدبر (وله) اى للوكيل (بيعه) اى بيع الرهن بعد بيع الراهن (بغيبة ورثته) اى ورثة الراهن كما كان له حال حياته ان يبيعه بغير حضرة الراهن (وتبطل) لوكالة (بموت الوكيل) فلا يقوم وارثه ولا وصية مقامه لان الوكالة لا يجرى فيها الارث ولان الموكل رضى برأيه لا برأى غيره كما فى الهداية * وهذا يقتضى ان يجوز بيع الوصى اذا قال الراهن للوكيل بالبيع اجزت لك ما صنعت فيه من شئ وصرح بذلك فى الذخيرة * وعن ابى يوسف ان وصى الوكيل يملك بيعه للزوم الوكالة كالمضارب اذا مات والمال عروض يملك وصى المضارب بيعها (ولو وكله) اى العدل (بالبيع مطلقا ملك بيعه بالنقد والنسيئة فلو نهاه) اى العدل (بعده) اى بعد توكيله مطلقا (عن بيعه نسيئة لا يعتبر نهيه) لانه لازم باصله فكذا بوصفه وكذا لا ينعزل بالعزل الحكمى كموت الموكل وارتداده ولحوقه بدار الحرب لان الرهن لا يبطل بموته ولو بطل انما كان يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم عليه كما تقدم على حق الراهن بخلاف الوكالة المفردة حيث تبطل بالموت وتنعزل بعزل الموكل وتمامه فى التبيين فليراجع (ولا يبيع الراهن ولا المرتهن الرهن بلا رضى الآخر) لتعلق حق كل منهما بالرهن كما بيناه (فان حل الاجل والراهن) او وارثه بعد موته (غائب) وابى الوكيل ان يبيعه (اجبر) بالاتفاق (الوكيل على بيعه) اى الرهن بان يحبسه القاضى اياما فان لج بعد الحبس اياما فالقاضى يبيع عليه * وهذا على اصلهما ظاهر * واما على اصل الامام فكذلك عند البعض لان جهة البيع تعينت لان بيع الرهن صار حقا للمرتهن ايفاء لحقه بخلاف سائر اموال المديون * وقيل لا يبيع كما لا يبيع مال المديون عنده * وفيه اشعار بانه لو حضر الراهن لم يجبر الوكيل بل اجبر هو كما فى القهستانى * ثم ان البيع لا يفسد بهذا الاجبار لانه اجبار بحق فصار كلا اجبار * وفيه ايهام انه لا يجوز البيع قبل حلول الاجل * وفى الخانية لو سلط العدل على البيع مطلقا او لم يقل عند حلول الدين فله ان يبيعه قبل ذلك (كما يجبر الوكيل بالخصومة عليها) اى على الخصومة (عند غيبة موكله) اى اذا وكل المدعى عليه رجلا بخصومته بطلب المدعى فغاب الموكل وابى الوكيل ان يخاصمه فانه يجبر على الخصومة لان المدعى خلى سبيل المدعى عليه اعتمادا على ان وكيله يخاصمه فلا يمكن للوكيل ان يمتنع كما فى الكافى * وفيه اشعار بان تكون الوكالة بطلب المدعى * لكن اطلاق المتن يخالفه تدبر * وفى البرجندى والخلاف فى اجبار الوكيل بالخصومة كالخلاف فى اجبار الوكيل ببيع الرهن * وانما قيد الوكيل بالخصومة لان الوكيل بقضاء الدين لا يجبر اذا وكله بقضائه من مال نفسه بخلاف ما اذا وكله بقضاء الدين من مال الموكل انتهى (وكذا يجبر) على بيعه (لو شرطت) الوكالة (بعد عقد الرهن فى الاصح) وذكر السرخسى ان فى ظاهر الرواية لا يجبر الوكيل عن البيع وعن ابى يوسف ان الجواب فى الفصلين واحد اى يجبر سواء شرط او لم يشترط ويؤيده اطلاق الجواب فى الجامع الصغير (فان باعه) اى لرهن (العدل فثمنه) اى ثمن الرهن (قائم) (مقامه) اى مقام الرهن ولا فرق بين ان يكون الثمن مقبوضا او لم

يكن لقيامه مقام ما كان مقبوضا وهو الرهن (وهلاكه) اى هلاك الثمن او توى على المشترى (كهلاكه) اى الرهن فيسقط بقدره دين المرتهن ولا ينظر الى قيمة الرهن بل الى قيمة الثمن خص العدل بالذكر والظاهر انه اذا وكل المرتهن ببيع المرهون كان الحكم ايضا كذلك كما فى البرجندى (فان اوفاه) اى الثمن بعد بيع العدل الرهن (المرتهن فاستحق الرهن وكان هالكا) فى يد المشترى (فللمستحق ان يضمن الراهن) قيمة الرهن ان شاء لانه غاصب فى حقه بالاخذ (ويصح البيع والقبض) اى قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه لان الراهن يملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب فتبين انه امره ببيع نفسه (او) ضمن المستحق (العدل) معطوف على قوله الراهن لانه متعد فى حقه بالبيع والتسليم (ثم العدل) على تقدير تضمينه مخير (ان شاء ضمن الراهن) لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة (ويصحان) اى البيع وقبض المرتهن ايضا لان العدل ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه فلا يرجع المرتهن على العدل بشئ بدينه (او) ضمن (المرتهن ثمنه) الذى اداه اليه لظهور اخذه الثمن من غير حق (وهو) اى الثمن (له) اى للعدل لانه ملكه وانما اداه الى المرتهن على ظن ان المبيع ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن العدل راضيا به فله ان يرجع به عليه (ويبطل القبض فيرجع المرتهن على الراهن بدينه) لان العدل اذا رجع بطل قبض المرتهن الثمن فيرجع المرتهن على راهنه بدينه ضرورة (وان كان الرهن قائما) فى يد المشترى (اخذه) اى الرهن (المستحق) من مشتريه لانه وجد عين ماله (ورجع المشترى على العدل بثمنه) لكونه عاقدا فحقوق العقد راجعة اليه (ثم) يرجع (هو) اى العدل (الراهن به) اى بثمنه لانه الذى ادخله فى العهدة بتوكيله فيجب عليه تخليصه (وصح القبض) اى قبض المرتهن الثمن لان مقبوضه سلم له (او) يرجع العدل (على المرتهن) بالثمن الذى اداه اليه اذ بانتقاض العقد بطل الثمن وكذا ينقض قبضه بالضرورة (ثم) يرجع (المرتهن على الراهن بدينه) لانه اذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه فى الدين كما كان فيرجع به على الراهن* هذا على اشتراط التوكيل* اما ان لم يشترط فى الرهن لاخيار للعدل ومن هذا قال (وان لم يكن التوكيل مشروطا فى الرهن يرجع العدل على الراهن فقط) لا على المرتهن سواء (قبض المرتهن ثمنه اولم يقبض) كما اذا باع العدل بامر الراهن وضاع الثمن فى يده من غير تعد منه ثم استحق المرهون وضمن العدل يرجع به على الراهن (وان هلك الرهن عند المرتهن ثم استحق فللمستحق ان يضمن الراهن قيمته) ان شاء لانه متعد فى حقه بالتسليم (ويصير المرتهن مستوفيا) بدينه لان الراهن ملكه باداء الضمان فصح الايفاء (و) ان شاء (ان يضمن المرتهن لانه متعد فى حقه ايضا بالقبض (ويرجع المرتهن بها) اى بالقيمة التى ضمنها لانه مغرور من جهة الراهن (و) يرجع (بدينه على الراهن) لانه انتقض قبضه فيعود حقه كما كان* قيل لما كان قرار الضمان على الراهن والملك فى المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه يقال لما كان رجوع المرتهن على الراهن بسبب انه مغرور من جهته كان الملك بالرجوع متأخرا عن عقد الرهن فتبين انه ملك غيره

(باب)

باب التصرف فى الرهن وجنايته والجناية عليه

لما ذكر الرهن واحكامه شرع فيما يعترض عليه اذا عارضه بعدوجوده (بيع الراهن الرهن موقوف على اجازة المرتهن اوقضاء دينه) وعن ابى يوسف انه نافذ كالاعتاق لانه تصرف فى خالص ملكه والصحيح ظاهر الرواية لتعلق حق المرتهن به فيتوقف على اجازته وان تصرف الراهن فى ملكه كالوصية يتوقف نفاذها فيما زاد على الثلث على اجازة الورثة لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان المانع من النفاذ حقه وقد زال بالاجازة وان قضى الراهن دينه جاز ايضا لان المقتضى لنفاذ البيع موجود وهو التصرف الصادر عن الاهل فى المحل وقد زال المانع من النفوذ (فان اجاز صار ثمنه رهنا مكانه) وفى الهداية فاذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل وصار كالعبد المديون اذا بيع برضاء الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسا فكذا هذا وعن ابى يوسف انه انما يكون الثمن رهنا اذا كان الراهن شرط ان يباع بدينه اما اذا لم يكن شرطا فلا والصحيح هو الاول وهذا كله اذا باع الراهن وهو فى يد المرتهن اما اذا دفعه الى الراهن فقيل لا يبقى الرهن فلا يكون الثمن رهنا والاصح انه يبقى رهنا لانه بمنزلة الاجازة فلا يبطل الرهن لكن يبطل ضمانه كما فى العمادية (وان لم يجز المرتهن البيع (وفسخ لا ينفسخ فى الاصح) اذ ثبوت حق الفسخ له لضرورة صيانة حقه ولا حاجة الى هذه الضرورة اذ حقه فى الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فيبقى موقوفا وينفسخ فى رواية ابن سماعة كعقد الفضولى حتى لو استفكه الراهن فلا سبيل للمشترى عليه واذا كان موقوفا (فان شاء المشترى صبر الى ان يفك الرهن) لان العجز على شرف الزوال (اورفع) المشترى الامر (الى القاضى ليفسخه) اى يفسخ القاضى البيع بسبب العجز عن التسليم فان ولاية الفسخ الى القاضى لا الى المشترى كما اذا ابق العبد المشترى قبل القبض فانه يتخير المشترى لما ذكرنا كذلك هنا * ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثانى موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثانى فلو اجاز المرتهن البيع الثانى جاز الثانى * ولو باع الراهن ثم آجر اورهن اووهب من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول * والفرق وهو ان المرتهن ذوحظ من البيع الثانى لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به اما لا حق له فى هذه العقود لانه لا بدل فى الهبة والرهن والذى فى الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه فى مالية العين لا فى المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق كما فى الهداية (وصح عتق الراهن) موسرا كان اومعسرا (الرهن) اى العبد الرهن بلا اذن المرتهن (و) كذا يصح (تدبيره واستيلاده) عندنا لانه تصرف صدر من الاهل ووقع فى المحل فخرج من الرهنية لبطلان المحلية فلا يجوز استيفاء الدين منهم وانما لا ينفذ بيعه للعجز عن التسليم والبيع مفتقر الى القدرة على التسليم بخلاف الاعتاق ولهذا ينفذ اعتاق الآبق دون بيعه (فان كان

الراهن (موسرا طولب بدينه ان) كان (حالا) لانه لو طولب باداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه (واخذت قيمة الرهن) اى اخذ المرتهن من الراهن قيمة العبد (فجعلت) اى القيمة (رهنا مكانه او) كان الدين (مؤجلا) حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفى التضمين فائدة وهو ان يكون الكل رهنا واذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان جنس حقه ورد الفضل كما فى الهداية (وان كان) الراهن (معسرا سعى) العبد (المعتق فى الاقل من قيمته ومن الدين) اى ان كانت القيمة اقل سعى العبد فى القيمة وان كان الدين اقل من القيمة سعى فى الدين وانما يسعى لانه لا يتمكن المرتهن من استيفاء حقه من الراهن الفقير فيأخذ من المنتفع بالعتق وهو العبد بمقدار ماليته اذ ليس عليه ان يسعى فيما زاد على مقدارها (ورجع) العبد (به) اى بما سعى (على سيده) اذا يسر لانه قضاه بالزام الشرع ومن قضى دين غيره وهو مضطر فيه يرجع عليه بخلاف المستسعى فى اعتاق احد الشريكين لانه يؤدى ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده ولتكميله عندهما * وقال الشافعى انه ينفذ ان كان موسرا لامكان تضمينه ولا ينفذ ان كان معسرا (و) سعى (المدبر وام الولد) فى التدبير والاستيلاد (فى كل الدين بلا رجوع) لان كسب المدبر والمستولد ملك المولى فيسعيان فى كل دينه بلا رجوع (واتلافه) اى اتلاف الراهن الرهن (كاعتاقه موسرا) اى ان كان الدين حالا اخذ منه كل الدين وان كان مؤجلا اخذ قيمته ليكون رهنا عنده الى زمان حلول الاجل (وان اتلفه) اى الرهن (اجنبى) اى غير الراهن (ضمنه) اى المتلف (المرتهن قيمته) اى الرهن يوم هلك (وكانت) القيمة (رهنا مكانه) لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا فى استرداد ما قام مقامه والواجب فى هذا المستهلك قيمته يوم هلك باستهلاكه بخلاف ضمانه على المرتهن تعتبر قيمته يوم القبض حتى لو كانت قيمته يوم الاستهلاك خمسمائة ويوم الارتهان الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة لان المعتبر فى ضمان الرهن يوم قبضه كامر لانه به دخل فى ضمانه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل ضمن قيمته لانه اتلف مال الغير وكانت رهنا فى يده حتى يحل الاجل لان الضمان بدل العين فانه حكمه ويؤجل الدين والمضمون من جنس حقه استو فى المرتهن منه دينه ورد الفضل على الراهن ان كان فيه فضل وان كان دينه اكثر من قيمته رجع بالفضل وان نقصت من الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم القبض الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين بالاستهلاك خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط من الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقى بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف كما فى الهداية وغيرها وهو مشكل فان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب ان لا يسقط بمقابلته شئ من الدين كما فى التبيين * لكن الاشكال يضمحل بقول

صاحب الهداية وغيرة وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر اذ لاشك ان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء فبالهلاك تقرر الضمان ولما كان المعتبر قيمته يوم القبض وقد كانت قيمته يوم القبض الفا ثم انتقصت منهما خمسمائة بتراجع السعر سقط عن الدين لامحالة مقدار تمام الالف خمسمائة منه باتلافه وخمسمائة منه بقبضه السابق حيث كانت قيمته وقت القبض الفا تاما ولا تأثير في سقوط شئ منه بتراجع السعر اصلا وهذا ظاهر من عبارة الهداية وغيرها * تدبر (ولو اعار المرتهن الرهن) اى فعل به مثل مايفعل بالعارية والا فالعارية تمليك المنافع والمرتهن لايملك ذلك * وفي المنح تفصيل فليراجع (من راهنه خرج من ضمانه) لان الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض بالرد الى صاحبه فارتفع الضمان لارتفاع المقتضى له فلا يكون مضمونا على صاحبه لان الاسترداد باذنه (وبرجوعه) اى برجوع الرهن الى يد المرتهن (يعود ضمانه) حتى يذهب الدين بهلاكه لعود القبض الموجب للضمان (وله) اى للمرتهن (الرجوع) من الاعارة (متى شاء) لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في تلك الحالة (ولو اعاره احدهما) اى اعار المرتهن او الراهن الرهن (باذن الآخر من اجنبي خرج من ضمانه ايضا) لما بينا من ان الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض (فلو هلك في يده) اى في يد المستعير (هلك مجانا) لارتفاع القبض الموجب للضمان (ولكل منهما) اى من الراهن والمرتهن (ان يرده) من المستعير (رهنا) كما كان لانه لم يخرج عن الرهنية بالاعارة ولان لكل واحد حقا محترما في الرهن وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من الاجنبي اذا باشرها احدهما باذن الاخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدأ كما في الهداية (فان مات الراهن قبل رده) اى قبل رد المستعير الرهن الى المرتهن (فالمرتهن احق به) اى بالرهن (من سائر الغرماء) لان حكم الرهن باق فيه اذ يد العارية ليست بلازمة وكونه غير مضمون لايدل على انه غير مرهون فان ولد المرهون مرهون وليس بمضمون بالهلاك * فظهر منه ان الضمان ليس من لوازم الرهن من كل وجه (ولو استعار المرتهن الرهن من راهنه) للعمل (او استعمله باذنه فهلك حال استعماله سقط ضمانه عنه) اى عن المرتهن لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة يد الرهن فانتفى الضمان (وان هلك) الرهن (قبل استعماله) اى المرتهن الرهن (او) هلك (بعده) اى بعد استعماله (فلا يسقط) ضمانه عن المرتهن اما الاول فلبقاء عقد الرهن واليد والضمان واما الثاني فلان يد العارية ترتفع بالفراغ فيبقى على اصل الرهن (وصح استعارة شئ ليرهن) ذلك الشئ لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين بماله ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل في حق البائع زوالا لان البيع يزيل الملك دون اليد (فان اطلق) المعير ولم يقيده بشئ (رهنه) اى المستعير (بما شاء) من قليل او كثير (عند من شاء) عملا بالاطلاق (وان قيد) المعير ما اعاره للرهن (بقدر او جنس او مرتهن او بلد تقيد به) فليس للمستعير ان يتجاوز عنه اذ كل ذلك لايخلو

من افادة شيء من التيسر والحفظ والامانة* ثم بين فائدته فقال (فان خالف) ماقيده به المعير فهلك كان ضامنا (فان شاء المعير ضمن المستعير) قيمته (ويتم الرهن بينه) اى بين المستعير والراهن (وبين مرتهنه) لان كل واحد منهما متعد فى حقه فصار الراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب الغاصب (او) ضمن (المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمنه وبدينه على المستعير) لما مر فى الاستحقاق وان خالف الى خير بان عين له اكثر من قيمته فرهنه باقل من ذلك بمثل قيمته او اكثر فانه لايضمن (وان وافق) المستعير فى ارتهانه بعدما عينه المعير (وهلك عند مرتهنه صار مستوفيا دينه) ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر (او) صار مستوفيا (قدر قيمة الرهن لو) كانت قيمته (اقل من الدين وطالب راهنه بباقيه) اى بباقى الدين اذا لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته (ووجب للمعير على المستعير مثل الدين) لو صار مستوفيا دينه بان كانت قيمته كالدين او اكثر لانه قضى دينه كله (او قدر القيمة) لو صار مستوفيا قدر قيمة الرهن لانه قضى ذلك القدر من دينه ولا تجب عليه قيمته مطلقا لانه قد وافق فلا يكون متعديا (ولو هلك عند المستعير قبل رهنه او بعد فكه) من الرهن (لايضمن) لانه لم يصر قاضيا دينه به وهو الموجب للضمان على مابيناه (وان) وصلية (كان قد استعمله من قبل) بالاستخدام او بالركوب او نحو ذلك لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق فلايضمن خلافا للشافعى (ولو اراد المعير افتكاك الرهن بقضاء دين المرتهن من عنده فله ذلك) وليس للمرتهن ان يمتنع من تسليم الرهن بل يكون مجبورا على الدفع لان قضاءه كقضاء الراهن فى استخلاص ملكه (ويرجع) المعير (بما ادى على الراهن) لكونه غير متبرع فى القضاء لانه سعى فى استخلاص ماله (ولو قال المستعير هلك فى يدى قبل الرهن او بعد الفكاك وادعى المعير هلاكه عند المرتهن فالقول للمستعير) مع يمينه لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك فى هاتين الحالتين* فان قيل قد صار مضمونا عليه بالرهن وهو يدعى سقوط الضمان بالافتكاك فلا يقبل قوله فى ذلك بحجة كالغاصب يدعى رد المغصوب* قلنا الرهن وان كان اثبات يد الاستيفاء ولكن حقيقة الايفاء بالهلاك فاذا انكر الهلاك فى يد المرتهن فقد انكر الايفاء حقيقة والضمان ينشأ منه وكان منكرا للضمان (ولو اختلفا فى قدر ما امره بالرهن به فللمعير) اى فالقول للمعير لان الاذن يستفاد من جهته ولو انكر اصله كان القول له فكذا اذا انكر وصفه (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) لانه تعلق به حق المرتهن وتعلق حق الغير بالمال يجعل المالك كالاجنبى فى حق الضمان الا ترى ان تعلق حق الورثة بمال المريض يمنع نفوذ تصرفه فيما زاد على الثلث* وكذا الورثة اذا اتلفوا العبد الموصى بخدمته ضمنوا قيمته ليشترى به عبد يقوم مقامه (وكذا جناية المرتهن) عليه مضمونة (فيسقط من دينه بقدرها) اى بقدر الجناية لان عين الرهن ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن وهو سبب الضمان فيصير مستوفيا من دينه بقدر الجناية اما اذا كان قدر الجناية اكثر من الدين يضمن الراهن المرتهن مازاد على الدين لان الكل صار مضمونا عليه بالاستهلاك (وجناية الرهن عليهما) اى على الراهن والمرتهن اذا كانت

موجبة للمال بان كانت خطأ في النفس اوفيما دونها واما مايوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا لو قيده لكان اولى تدبر (وعلى مالهما هدر) اى باطل عند الامام (خلافا لهما في المرتهن) فان عندهما جناية الرهن على المرتهن معتبرة * وهو مذهب الائمة الثلاثة * اما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك وجناية المملوك على المالك فيما يوجب المال هدر بالاتفاق بخلاف الجناية الموجبة للقصاص * واما الخلافية فلهما ان الجناية حصلت على غير المالك وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فتعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان قال المرتهن لااطلب الجناية فهو رهن على حاله * وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان على المرتهن التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لاتعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لافائدة في اعتباره لانه لايتملك بها العبد مع ان التملك فائدة ولم يوجد وان كانت القيمة اكثر من الدين فعن الامام انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع * وعنه انه لايعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او على ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي كما في الهداية (ولو رهن عبدا يساوى الفا بالف مؤجلة فصارت قيمته مائة) بان انتقص سعره (فقتله) اى العبد (رجل) خطأ (وغرم مائة وحل الاجل يقبض المرتهن المائة قضاء عن حقه) وسقط باقيه وهو تسعمائة (ولا يرجع على راهنه بشيء) لان النقصان من حيث السعر لايوجب السقوط عندنا لان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس فيه وذا غير معتبر واما نقصان العين فيتقرر بفوات جزء منه فيسقط الدين في انتقاصها لافي انتقاص المالية من جهة السعر ولما كان الدين باقيا ويد الرهن يد الاستيفاء صار مستوفيا الكل من الابتداء خلافا لزفر لان المالية انتقصت فاشبه انتقاص العين (وان باعه) اى المرتهن الرهن وهو العبد الذى يساوى الفا وكان رهنا بالف (بالمائة بامر راهنه) قبض المائة قضاء لحقه و(رجع) المرتهن بعد قبض المائة (عليه) اى على الراهن (بالباقى) اى بباقى الدين وهو تسعمائة وفي الكافى واما الفصل الرابع وهو ما اذا باعه بمائة فانه يصح لانه ان كان موضوع المسئلة ان سعره تراجع الى مائة فظاهر لانه باعه بمثل قيمته فصح بالاجماع وان كان موضوع المسئلة انه لم ينتقص فصح البيع ايضا عند الامام وصح عندهما ان كان قال بع بما شئت واذا صح البيع صار المرتهن وكيل الراهن بما باعه باذنه وصار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الابقدر ما استوفى كذا هذا (وان قتله) اى العبد الرهن الذى يساوى الفا قبل نزول السعر الى مائة او بعد النزول (عبد) هو (يعدل مائة فدفع) بصيغة المجهول (به) اى دفع العبد الجانى مقام العبد المقتول بسبب قتله (افتكه الراهن بكل الدين) وهو الالف عند الشيخين لان التغير لم يظهر في نفس العبد اذ العبد الثانى قام مقام الاول من حيث انه

دم ولحم فكأنه تراجع سعره الى مائة فلو كان الاول قائما وتراجع سعره لم يكن له خيار فكذلك هنا (وعند محمد)هو الخيار (ان شاء دفعه) اى العبد المدفوع (الى المرتهن) بدينه ولا شئ عليه غيره (وان شاء افتكه بالدين)لانه تغير فى ضمان المرتهن فاوجب التخيير وقال زفر يصير الثانى رهنا بمائة لان يد المرتهن يد الاستيفا وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشرة فيبقى الدين بقدره (وان جنى) العبد (الرهن خطأ فداه المرتهن)لان ضمان الجناية على المرتهن والعبد كله فى ضمانه و دينه مستغرق لرقبته وعلى تقدير الفداء يبقى الدين والعبد رهن وليس له ولاية الدفع الى ولى القتيل اذ الدفع للمالك وهو ليس بمالك (ولا يرجع) المرتهن على الراهن بشئ من الفداء لان العبد كله مضمون وجناية المضمون كجناية الضامن فلو رجع على الراهن رجع الرهن عليه ولا يفيد (فان ابى) اى امتنع المرتهن من الفداء (دفعه الراهن) لى ولى الجناية (او فداه) اى ويقال للراهن افعل واحدا من الدفع والفداء ان شاء يدفعه وان شاء يفدى عنه (وسقط الدين) تاما بفعل كل منهما من الراهن ان كان الدين اقل من قيمة الرهن اومساويا وان كان الدين اكثر يسقط من الدين مقدار قيمة العبد ولا يسقط الباقى كما فى اكثر المعتبرات * فعلى هذا لو قيده كما قيدناه لكان اولى تدبر * وفى بعض المعتبرات اذا ولدت المرهونة ولدا فقتل انسانا خطأ او استهلك مال انسان فلا ضمان على المرتهن بل يخاطب الراهن بالدفع او الفداء فى الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شئ من الدين كما لو هلك فى الابتداء فان فدى فهو رهن مع امه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذى لزم العبد فدينه على حاله كما فى الفداء وان ابى قيل للراهن بعه فى الدين الا ان يختار ان يؤدى عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا فى الفداء وان لم يؤد وبيع العبد فى الدين يأخذ صاحب دين العبد دينه وتمامه فى الهداية والكافى فليطالعهما وفى المنح لو رهن حيوانا من غير بنى آدم فجنى البعض على البعض كان هدرا ويصير كأنه هلك بآفة سماوية ولو رهن عبدين كل واحد منهما يساوى الفا بالفين فقتل احدهما الآخر او جنى احدهما على الآخر فيما دون النفس قل الارش او كثر لا تعتبر الجناية و يسقط دين المجنى عنه بقدره ولو كانا جميعا رهنا بالف فقتل احدهما الآخر فلا دفع ولا فداء ويبقى القاتل رهنا بسبعمائة وخمسين * ولو رهن عبدا ودابة فجناية الدابة على العبد هدر وجناية العبد على الدابة معتبرة حسب جناية العبد على عبد آخر (ولو مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لان الوصى قائم مقامه (فان لم يكن له وصى نصب القاضى له وصيا وامره) اى الوصى (بذلك) اى بالبيع لان القاضى نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم وقد تعين النظر فى نصب الوصى ليؤدى ما عليه لغيره ويستوفى حقوقه من غيره ولو كان الدين على الميت فرهن الوصى بعض التركة عند غريم له من غرمائه لم يجز وللآخرين ان يردوه ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن

فصل

هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التى تذكر فى اواخر الكتب (رهن) رجل

(عصيرا) اى عصير عنب عند رجل (قيمته عشرة) دراهم (بعشرة) دراهم (فتخمر) العصير اى صار خمرا (ثم تخلل) اى صار خلا (وهو) اى والحال انه (يساويها) اى عشرة دراهم (فهو) اى العصير المذكور الذى صار خلا بعد ان صار خمرا (رهن بها) اى بعشرة دراهم لان عقد الرهن لم يبطل بالخمر لان ماصلح محلا للبيع صلح محلا للرهن لان المحلية انما تكون بالمالية فيهما والخمر لايصلح محلا لابتداء البيع ويصلح ابقائه فان من باع عصيرا فتخمر فى يد البائع بقى البيع الا انه يخير فى البيع لتغير وصف المبيع كما لو تعيب فاذا صار خلا فقد زال العارض قبل تقرر حكمه فيجعل كأن لم يكن (وان رهنت شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها وهو يساوى درهما فهو رهن به) اى بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا بقى بعض المحل يعود الحكم بقدره بخلاف مااذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لايعود البيع بقدره على ماهو المشهور وان قال بعض المشايخ يعود البيع هذا اذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما وان كانت قيمته يومئذ درهمين كان الجلد رهنا بدرهمين * وفى البزازية اشترى خلا بدرهم او شاة على انها مذبوحة بدرهم رهن به شيأ ثم هلك الرهن فظهر ان الخل خمر والشاة ميتة يهلك مضمونا بخلاف مااذا اشترى خمرا او خنزيرا او ميتة اوحرا ورهن بالثمن شيأ وهلك عند المرتهن لايضمن لانه باطل وان انتقص الرهن عند المرتهن قدرا او وصفا يسقط من الدين بقدره بخلاف النقصان بتراجع السعر على ماعرف * فلو رهن فروا قيمته اربعون بعشرة فافسده السوس حتى صارت قيمته عشرة يفتكه الراهن بدرهمين ونصف ويسقط ثلاثة ارباع الدين لان كل ربع من الفرو مرهون بربع الدين وقد بقى من الفرو ربعه فيبقى من الدين ايضا ربعه (ونماء الرهن كولده ولبنه وصوفه وثمره للراهن) لانه متولد من ملكه فلا يدخل الكسب والهبة والصدقة فى الرهن لانها غير متولدة من الاصل فيأخذ الراهن فى الحال (ويكون رهنا مع الاصل) لانه تبع له والرهن حق متأكد لازم فيسرى الى الولد الاترى ان الراهن لايملك ابطاله بخلاف ولد الجارية الجانية حيث لايسرى حكم الجناية الى الولد ولا يتبع امه فيه (فان هلك) النماء (هلك بلاشئ) لعدم دخوله تحت العقد مقصودا (وان بقى) النماء (وهلك الاصل يفتك) الراهن (بحصته من الدين ويقسم الدين على قيمة الاصل يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك) لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقى الى وقته والتبع يقابله شئ اذا صار مقصودا كولد المبيع (فما اصاب الاصل سقط) من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا (وما اصاب النماء افتك به) صورته رجل رهن شاة بتسعة دراهم وقيمتها عشرة يوم القبض ثم ولدت ولدا قيمته خمسة دراهم يوم الفك فصارت قيمتهما خمسة عشر والدين يقسم على قيمتهما اثلاثا فيصيب ثلثا الدين للام وهو ستة فتسقط ويصيب ثلثه للولد وهو ثلاثة لان قيمتهما اثلاث فيلزم الراهن ان يدفع الثلث ثم يأخذ الولد * وفى التنوير ولو اذن الراهن للمرتهن فى اكل زوائد الرهن فاكلها فلا ضمان عليه ولا يسقط شئ من الدين

وان لم يفتك الراهن الرهن حتى هلك الرهن فى يد المرتهن قسم الدين على قيمة الزيادة التى اكلها المرتهن وعلى قيمة الاصل فما اصاب الاصل سقط وما اصاب الزيادة اخذه المرتهن من الراهن كما مر * وفى الخانية رهن جارية فارضعت صبيا للمرتهن لم يسقط شئ من دينه بخلاف ما لو رهن شاة فشرب المرتهن من لبنها فانه محسوب عليه من الدين (وتصح الزيادة فى الرهن) مثل ان رهن ثوبا بعشرة يساوى عشرة ثم زاد الراهن ثوبا آخر فيكون مع الاول رهنا بالعشرة (ولا تصح) الزيادة (فى الدين) مثل ان يقول الراهن * اقرضنى خمسمائة اخرى على ان يكون العبد الذى عندك رهنا بالف * (فلا يكون الرهن رهنا بها) اى بالزيادة عند الطرفين لان الزيادة فى الدين ترك الاستيثاق وهو يكون منافيا لعقد الرهن ولان الزيادة فى الدين توجب الشيوع فى الرهن وهو غير مشروع فلا يصير الرهن الاول رهنا بالدين الحادث بل يصير كل الرهن بمقابلة الدين السابق فان هلك العبد الرهن يسقط الدين الاول ويبقى الدين الثانى بلا رهن (خلافا لابى يوسف) فان عنده تجوز الزيادة فى الدين فيسقط بموت العبد الرهن الدينان قياسا على الجانب الآخر ولان الدين فى باب الرهن كالثمن فى البيع والرهن كالثمن فتجوز الزيادة فيهما كما فى البيع * وقال زفر والشافعى لا تجوز الزيادة فى الرهن ولا فى الدين لعدم جوازها فى الثمن والمبيع * ثم المراد بقولهم ان الزيادة فى الدين لا تصح ان لا يكون رهنا الزيادة كما انه رهنا باصل الدين واما نفس زيادة الدين على الدين فصحيحة لان الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الاول جائز اجماعا (وان رهن عبدا يعدل الفا بالف فدفع مكانه عبدا يعدلها) اى الالف (فالاول رهن) فمات قبل لرد يصير مستوفيا لدينه فالعبد الاول رهن كما كان (حتى يرد) المرتهن (الى راهنه والمرتهن امين فى) العبد الثانى حتى يجعله مكان الاول (برد الاول) على الراهن فحينئذ يصير الثانى مضمونا لان الاول دخل فى ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض مادام الدين باقيا واذا بقى الاول فى ضمانه لا يدخل الثانى فى ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثانى فى ضمانه * ثم قيل يشترط تجديد القبض * وقيل لا يشترط كما فى الهداية وغيرها * لكن فى الخانية رجل رهن عند انسان عبدا بالف درهم ثم جاء الراهن بجارية وقال خذها مكان العبد يصح ذلك اذا قبض اه * يفهم من هذا انه اذا قبض الرهن الثانى خرج الاول من ان يكون رهنا رد الاول على الراهن اولم يرد (ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين اووهبه) اى الدين (منه) اى من لراهن (فهلك الرهن) فى يد المرتهن (هلك بلا شئ) استحسانا * وقال زفر يضمن قيمة الرهن وهو القياس لان القبض وقع مضمونا فيبقى الضمان ما بقى القبض * ولنا ان ضمان الرهن باعتبار القبض والدين لانه ضمان استيفاء وذا لا يتحقق الا باعتبار الدين وبالابراء لم يبق احدهما وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين يزول بزوال احدهما * ولهذا لو رد الرهن يسقط الضمان لعدم القبض ولو بقى الدين * وكذا اذا ابرأ عن الدين يسقط الضمان لعدم الدين وان بقى القبض * فاما اذا

احدث المرتهن بعد البراءة منع ثم تلف في يده ضمن قيمته لان حق المنع لم يبق فصار مانعا غاصبا فيضمن القيمة* وكذا لو ارتهنت المرأة رهنا بالصداق وابرأته اووهبته اوارتدت والعياذ بالله قبل الدخول اواختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم يضمن شيأ لسقوط الدين كما في الابراء (ولو قبض) المرتهن (دينه او بعضه منه) اى من الراهن (اوعن غيره) كالمتطوع (او شرى به) اى بالدين (عينا) منه (اوصالح منه) اى عن الدين (على شيء اواحتال به) اى احال الراهن مرتهنه بدينه (على آخر ثم هلك) الرهن في يد المرتهن (قبل رده) اى الى الراهن (هلك بالدين) لان نفس الدين لاتسقط بالاستيفاء ونحوه لما تقرر في موضعه ان الديون تقضى بامثالها لابانفسها لكن الاستيفاء يتعذر لعدم الفائدة لايعقب مطالبة مثله فيفضى الى الدور فاذا هلك الرهن تقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني لئلا يتكرر الاستيفاء (ويرد ماقبض الى من قبض منه) هذا في صورة ايفاء الراهن اوالمتطوع اوالشراء اوالصلح (وتبطل الحوالة) ويهلك الرهن بالدين اذ بالحوالة لايسقط الدين ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام ذمة المحيل ولذا يعود الى ذمة المحيل اذا مات المحتال عليه مفلسا (وكذا) اى كما يهلك الرهن بالدين في الصورة المذكورة يهلك به ايضا (لو تصادقا على عدم الدين ثم هلك) الرهن (هلك بالدين) لان الرهن مضمون بالدين اوبجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموجود وقد بقيت الجهة لاحتمال ان يتصدقا على قيام الدين بعد تصادقهما على عدم الدين * بخلاف الابراء لان الابراء يسقط الدين اصلا وبالاستيفاء لايسقط الدين بل يثبت لكل واحد منهما على الآخر فيتعذر الاستيفاء لما مر من عدم الفائدة* وفي الكافي اذا تصادقا على ان لادين فى ضمان الرهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لضمان الرهن فصار مستوفيا * فاما اذا تصادقا على ان لادين والرهن قائم ثم هلك الرهن فان هناك يهلك امانة لان بتصادقهما ينتفي الدين من الاصل فضمان الرهن لايبقى بدون الدين* وذكر شيخ الاسلام الاسبيجابي انهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب انه لايهلك مضمونا* وفي التنوير كل حكم عرف في الرهن الصحيح فهو الحكم في الرهن الفاسد وفي كل موضع كان الرهن مالا والقابل به مضمونا الا انه نفذ بعض شرائط الجواز ينعقد الرهن بصفة الفساد وفي كل موضع لم يكن كذلك لاينعقد الرهن اصلا فاذا هلك هلك بغير شيء وتمامه في المنح* فليطالع

﴿ كتاب الجنايات ﴾

اورد الجنايات عقيب الرهن لان الرهن لصيانة المال وحكم الجنايات لصيانة الانفس ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنايات لان الوسائل تقدم على المقاصد كما في اكثر الشروح * وقال في غاية البيان ولكن قدم الرهن لانه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية فانها محظورة عما ليس للانسان فعله اه* واورد عليه ان هذا التعليل ليس بشيء لان المقصود بالبيان في كتاب الجنايات

انما هو احكام الجنايات دون انفسها ولاشك ان احكامها مشروعة ثابتة بالكتاب والسنة فلا وجه لتأخيرها من هذه الحيثية ويمكن الجواب عنه بان كلا من الرهن والجناية من افعال المكلفين ويجب في كل منهما ما يتعلق بفعل المكلف من الاحكام الخمسة ولاشك في جواز الرهن وخطر الجناية ويكفي هذا القدر في تقديمه عليها كما لا يخفى * والجناية في اللغة اسم لما يجنيه اى يكسبه المرء من شر تسمية للمفعول بالمصدر من جنى عليه جناية ثم خص في العرف بما يحرم من الفعل سواء كان في نفس او مال * وفي عرف الفقهاء بما حرم فعله في نفس او طرف * والاول يسمى قتلا وانواعه * خمسة عمد وشبه عمد وخطأ وجار مجرى الخطأ والقتل بسبب كما سيأتي تفصيله * والثاني يسمى جناية فيما دون النفس * وشرع القصاص لما فيه من معنى الحياة شرعا كما قال تعالى * ولكم في القصاص حيوة * والفرق بين هذه الآية وبين قول العرب القتل انفى للقتل بلاغة وفصاحة مبين في كتب البيان بما لا مزيد عليه * ثم شرع في بيان احكام القتل فقال (القتل اما عمد) * موجب للضمان احتراز عن نحو قتل قطاع الطريق والحربي والمرتد (وهو ان يقصد ضربه) اى ضرب القاتل المكلف ما يحرم ضربه كما هو المتبادر (بما يفرق الاجزاء من سلاح) اعد للحرب (او محدد من حجر او خشب او ليطة او حرقه بنار) اقول انما شرط في الآلة ما ذكر لان العمد هو القصد وهو من اعمال القلب لا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال ما ذكر من الآلات فاقيم الدليل مقام المدلول * هذا عند الامام (وعندهما) وفاقا للشافعي (بما يقتل غالبا) حتى او ضربه بحجر عظيم او خشبة عظيمة فهو عمد * وقوله * او ليطة * بكسر اللام قشر القصب * والاحراق بالنار من القتل العمد الموجب للقصاص لان النار من المفرقات للاجزاء كما في الاتقان * وقال في الكفاية الا ترى انها تعمل عمل الحديد حتى انها اى النار اذا وضعت في المذبح فقطعت ما يجب قطعه في الذكوة وسال بها الدم حل وان انجمد ولم يسل الدم لا يحل انتهى * وفي الخانية ان الجرح لا يشترط في الحديد وما يشبهه كالنحاس وغيره في ظاهر الرواية اه * وفي الخلاصة رجل ضرب رجلا بمرفقه فان اصابته الحديدة قتل به عند الكل وان اصابه بظهره ولم يجرحه فعندهما لاشك انه يجب القصاص * وكذا عند الامام في ظاهر الرواية * وفي رواية الطحاوى عنه انه لا يجب * فعلى هذه الرواية يعتبر الجرح سواء كان حديدا او عودا او حجرا بعد ان يكون آلة يقصد بها الجرح * وقال صدر الشهيد والاصح ان المعتبر عنده الجرح * وكذا اسنجات الميزان من الحديد * وقال رجل احمى تنورا ورمى فيه انسانا او القاه في نار لا يستطيع الخروج منها عليه القصاص بمنزلة السلاح * وكذا كل ما لا يثبت عادة كالسلاح الا انه لا يجعل النار كالسلاح في حكم الذكوة حتى لو توقدت النار على المذبح وانقطع بها العروق لا يحل اكله اه * لكن قال في البزازية ان النار تعمل في الحيوان عمل الذكوة حتى لو قذف النار في المذبح فاحترق العروق يؤكل اه * وهذا موافق لما قدمناه من الكفاية ويحمل على ما اذا سال بها الدم وبه يحصل التوفيق بين كلامي صاحب الخلاصة والبزازية (وموجبه) اى القتل العمد (الاثم) لقوله تعالى * ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم * وفي الحديث * سباب المسلم فسق وقتاله كفر * وقال

عليه السلام *لزوال الدنيا اهون على الله من قتل امرء مسلم* وعليه انعقد الاجماع (والقصاص عينا) نصب على الحال من القصاص اى حال كونه متعينا *خلافا للشافعى فانه قال لا يتعين القصاص بل الولى مخير بينه وبين اخذ الدية لقوله عليه السلام *من قتل له قتيل فهو بخير النظرين اما ان يقتل واما ان يؤدى* ولنا قوله تعالى *كتب عليكم القصاص فى القتلى* الآية* وقوله تعالى *وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس* والمراد به القتل العمد *وما اورده من الحديث فعلى تقدير لا صحته لا يجوز به الزيادة على النص لانه نسخ والى ذلك اشار ابن عباس رضى الله عنهما بقوله *العمد قود ولا مال فيه* ولان المال لا يصلح وجبا لعدم المماثلة بينه وبين الآدمى صورة ومعنى اذ الآدمى خلق مكرما لقوله تعالى *ولقد كرمنا بنى آدم* ليشتغل بالطاعات والعبادات والمال خلق لاقامة مصالحه ومبتذلا فى حوائجه فلا يصلح جابرا وقائما مقامه الا ان الصلح على مال يجوز بالتراضى سواء كان باقل من الدية او اكثر منها (الا ان يعفى) على صيغة المجهول اى الا ان يعفو الولى القصاص او يصالحه على شئ من ماله كما مر آنفا* والعفو افضل (ولا كفارة فيه) لانها فيما كان دائرا بين الحظر والاباحة والقتل كبير محضة لا تليق ان تكون الكفارة ساترة له لوجود معنى العبادة فيها ولقوله عليه السلام *خمس من الكبائر لا كفارة فيهن منها قتل النفس بعمد* وعند الشافعى عليه الكفارة كما فى الخطأ مراعاة لحق الله فى العبد (وما شبه عمد وهو ضربه) اى القاتل (قصدا بغير ما ذكر) فى العمد مما لا يفرق الاجزاء كالشجر مطلقا والحجر ايضا ان كانا غير محددين والسوط واليد* هذا عند الامام خلافا لغيره فى الثقيل العظيم على ما مر فى القتل العمد لان شبه العمد عند الغير ضرب القاتل بآلة لا يقتل مثلها غالبا كالعصا والحجر الصغير والسوط واليد (وموجبه) اى شبه العمد (الاثم) لقصد ما هو محرم شرعا ولقوله تعالى *ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها* فان قيل *ان المدعى عام للمؤمن والذمى والدليل خاص بالمؤمن* قلنا ان موجبها فى المؤمن ثبت بعبارة النص وفى الذمى بدلالته لتحقق المساواة فى العصمة* لا يقال* ان الآية دليل للمعتزلة على خلود مرتكب الكبيرة فى النار* لانا نقول* ذلك فى المستحيل او يراد بالخلود طول المكث او يراد بها الوعيد الشديد تنبيها على عظم تلك الجناية* (والكفارة) على القاتل لانه خطأ نظرا الى الآلة فدخل فى قوله تعالى* ومن قتل مؤمنا خطأ* الآية (والدية المغلظة على العاقلة) الناصرة للقاتل* اما وجوبها فلقوله عليه السلام* الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر فيه دية مغلظة مائة من الابل* الحديث* واما كون الوجوب على العاقلة فلانه خطأ من وجه فيكون معذورا فيتحقق التخفيف لذلك ولانها تجب بنفس القتل فتجب على العاقلة كما فى الخطأ وتجب فى ثلاث سنين لقضية عمر رضى الله عنه وهو ما روى عنه انه قضى بالدية على العاقلة فى ثلاث سنين* والمروى عنه كالمروى عن رسول الله عليه السلام لانه مما لا يعرف بالرأى (لا القود) عطف على الدية اى ليس فيه قود لشبهه بالخطأ (وهو) اى شبه العمد (فيما دون النفس) من الاطراف (عمد) باعتبار الضرب والاتلاف جميعا* يعنى اذا جرح عضوا بآلة جارحة وجب فيه القصاص ان كان مما راعى فيه المماثلة وليس فيما دون النفس شبه العمد كما كان

فى النفس لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة ومادون النفس ليس كذلك لماروى عن انس بن مالك رضى الله عنه ان عمة الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فطلبوا منهم العفو فابوا والارش فابوا الا القصاص فاختصموا الى رسول الله عليه السلام فامر بالقصاص فقال انس ابن نضر اتكسر ثنية عمة الربيع والذى بعثك نبيا بالحق لاتكسر ثنيتها فقال رسول الله عليه السلام *ياانس كتاب الله القصاص* فرضى القوم وعفوا وطلبوا الارش فقال عليه السلام* ان من عباد الله من لواقسم على الله لابره*ووجه دلالته على مانحن ان اللطمة لواتت على النفس لاتوجب القصاص ورأيناها فيما دون النفس قداوجبته بحكمه عليه السلام انه ماكان فى النفس شبه عمد هو عمد فيمادونها ولا يتصور ان يكون فيه شبه عمد كما فى التبيين (واماخطأ) عطف على قوله اماعمد او شبهه عمد (وهو) اى الخطأ قسمان اماخطأ (فى القصد بان يرمى شخصا ظنه صيدا) فاذا هو آدمى (و) يرمى بظنه (حربيا فاذا هو آدمى معصوم) الدم وانما سمى خطأ فى القصد اى فى الظن حيث ظن الآدمى صيدا والمسلم حربيا*واماالخطأ فى الفعل فقد بينه بقوله (او فى الفعل بان يرمى غرضا فيصيب آدميا) فانه اخطأ فى الفعل لا القصد فيكون معذورا لاختلاف المحل * بخلاف مالو تعمد ضرب موضع فى جسده فاصاب موضعا منه آخر فات حيث يجب القصاص اذ جميع البدن محل واحد فيما يرجع الى مقصوده فلايعذر*بخلاف مااذا اراد يد رجل فاصاب عنق غيره وابانه فهو خطأ كما فى العناية*امالو اراد ان يضرب يد رجل بالسيف فاخطأ فاصاب عنقه فبان رأسه فهو عمد*وفى المنح قال فى البدائع والخطأ قديكون فى نفس الفعل وقديكون فى ظن الفاعل اما الاول فنحو ان يقصد صيدا فيصيب آدميا وان يقصد رجلا فيصيب غيره وان قصد عضوا من رجل فاصاب عضوا آخر فهذا عمد وليس بخطأ واما فى الثانى فنحوان يرمى الى انسان على ظن انه حربى اومرتد فاذا هو مسلم اه (واماما اجرى مجرى الخطأ كنائم انقلب على آخر فقتله) فحكمه حكم الخطأ وليس بخطأ حقيقة لعدم قصد النائم الى شئ حتى يصير مخطئا المقصوده ولما وجد فعل حقيقة وجب عليه مااتلفه كفعل الطفل فجعل كالخطأ لانه معذور كالمخطئ (وموجبهما) اى الخطأ مطلقا وما اجرى مجراه (الكفارة والدية على العاقلة) لقوله تعالى* فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله * وقد قضى به عمر رضى الله عنه فى ثلاث سنين بمحضر من الصحابة فصار اجماعا (واماقتل بسبب) اى بكونه سببا للقتل (وهو) اى القتل بسبب (نحو ان يحفر بئرا او يضع حجرا فى غير ملكه بلا اذن) من له الاذن*وهو قيد للمتعاطفين (فيهلك به انسان) نبه بقوله فى غير ملكه على انه لو فعله فى ملكه لايضمن ماتلف به لانه مأذون فى فعله فلم يكن متعديا فيه*ومما ينبغى ان يعلم انه اذا مشى الهالك عليه بعد علمه بالحفر فانه لايلزم على الحافر شئ (وموجبه) اى كل واحد من الحفر ووضع الحجر (الدية على العاقلة) لانه سبب التلف وهو متعد فيه بالحفر ووضع الحجر فجعل كالمباشر للقتل فيجب فيه الدية صيانة للنفس فتكون على العاقلة لان القتل بهذا الطريق دون القتل بالخطأ فيكون معذورا فتجب على العاقلة تخفيفا عنه لا فى الخطأ بل اولى

لعدم القتل منه مباشرة* ولهذا قال (لا) تجب (الكفارة) فيه* وفي المجتبى وفيه ذنب الحفر والوضع في غير ملكه دون ذنب القتل* قالوا* ولا اثم فيه* معناه لا اثم فيه اثم القتل دون اثم الحفر والوضع (وكلها) اي ماذكر من انواع القتل كالعمد وشبهه والخطأ توجب حرمان الارث الا هذا اي الا القتل بسبب فانه لا يوجب حرمان الارث كما لا يوجب الكفارة وقال الشافعي هو ملحق بالخطأ في الاحكام

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

لما فرغ من بيان اقسام القتل وكان من جملتها العمد وهو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج الى تفصيل ذلك في باب على حدة فقال (يجب القصاص بقتل من هو محقون الدم على التأبيد) قوله *على التأبيد* صفة لموصوف محذوف تقديره حقنا * واحترز به عن المستأمن فان في قتله شبهة الاباحة بالعود الى دار الحرب فلا يكون محقون الدم على التأبيد * وقوله (عمدا) قيد للقتل اي قتل عمد فهو منصوب على انه مفعول مطلق لبيان النوع* واحترز به عن القتل الغير العمد فانه لا يجب فيه القصاص (فيقتل الحر بالحر) لكمال المماثلة (و) يقتل (بالعبد) لقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس* وقوله تعالى* كتب عليكم القصاص في القتلى* الآية واقوله عليه السلام* العمد قود* ولان القود يعتمد على المساواة في العصمة وهي اما في الدين او الدار ولان التخصيص بالذكر في قوله تعالى* الحر بالحر والعبد بالعبد* لا ينفي ماعداه مع ان اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس على ماقاله ابن عباس رضي الله عنهما في سبب نزول هذه الآية وعند الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى *الحر بالحر والعبد بالعبد* وانت خبير بان حمل اللام في قوله تعالى* الحر بالحر والعبد بالعبد* على العهد كما روى عن ابن عباس في سبب النزول يحسم مادة الاستدلال بها رأسا لان مبنى استدلال الشافعي على حمل اللام للجنس وليس كذلك (والمسلم بالذمي) لعمومات الكتاب والسنة ولما روى انه عليه السلام قتل مسلما بذمي* وانما اعطوا الجزية لتكون اموالهم كاموالنا ودماؤهم كدمائنا * خلافا للشافعي لقوله عليه السلام * لا يقتل مؤمن بكافر* ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة* ولنا ان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما رواه الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة كما في الهداية (ولا يقتلان) اي المسلم والذمي (بمستأمن) لانه غير معصوم الدم على التأبيد كما مر (بل) يقتل (المستأمن بمثله) للمساواة بينهما وهو القياس* وفي الاستحسان ان لا يقتل لقيام مبيح القتل فيه * وفي المنح وينبغي ان يعول على الاستحسان لتصريحهم بان العمل على الاستحسان الا في مسائل مضبوطة يعمل فيها بالقياس ليست هذه المسئلة منها وقد اقتصر مولى خسرو في مختصره على القياس اه (و) يقتل (الذكر بالانثى) وفي النهاية وذكر صاحب الكشاف في تفسير قوله تعالى * والانثى بالانثى* قال مالك والشافعي لا يقتل الذكر بالانثى* لكن هذا مخالف لعامة كتب الشافعي ومالك (و) يقتل (العاقل بالمجنون) لا بعكسه (و) يقتل (البالغ بغيره) اي غير البالغ لا بعكسه ايضا (و) يقتل (الصحيح بغيره) اي بغير الصحيح كالاعمى والزمن (و) يقتل (كامل الاطراف

بناقصها) أي بناقص الاطراف للعمومات المذكورة (و) يقتل (الفرع باصله) وان علا لعدم المسقط (لا) يقتل (الاصل بفرعه) لقوله عليه السلام * لايقاد الوالد بولده * فالولد يتناول الجد من قبل الاب والام وان علا والوالدة والجدة من طرف الاب والام ان علت * وهو بالطلاقة حجة على مالك في قوله * يقاد اذا ذبحه ذبحا * ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه * ولهذا لايجوز له قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا اوزانيا وهو محصن * والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه الوارث كما في الهداية (بل تجب الدية في مال) الاب (القاتل) لانه قتل ابنه عمدا والعاقلة لاتعاقل العمد (في ثلاث سنين) وقال الشافعي تجب في الحال لان التأجيل كاف للتخفيف في حق الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه * ولنا ان المال ليس بمماثل للنفس فكان القياس ان لايكون بدلا عنها الا ان الشرع ورد به مؤجلا فلا يعدل عنه (ولا) يقتل (السيد بعبده اومدبره اومكاتبه) لانه او وجب القصاص لوجب له كما لو قتله غيره ولايجوز ان يجب له على نفسه قصاص (وعبد ولده) اى لايقتل الوالد بقتله عبد ولده لان الولد لايستوجب القصاص على الاب (وعبد بعضه له) اى ولايقتل المولى بقتل عبد بعضه له وبعضه لآخر لان القصاص لايتجزى فاذا سقط في البعض يسقط في الكل (وان ورث قصاصا على ابيه) بان قتل الاب ام ابنه اوقتل الاب اخا الامرأته ثم ماتت امرأته قبل ان تقتص منه فان ابنها منه يرث القصاص الذي لها على ابيه (سقط) القصاص لحرمة الابوة (ولاقصاص على شريك الاب اوالمولى او) شريك (المخطئ او) شريك (الصبي او) شريك (المجنون او) شريك (كل من لايجب القصاص بقتله) كشريك الجد والام وغيرهما لما مر من انه اذا سقط في البعض لاجل انه ملك البعض سقط في الكل لعدم التجزى (وان قتل عبد الرهن لايقتص حتى يحضر الراهن والمرتهن) لان المرتهن لاملك له فلا يلي القصاص والراهن تولاه يبطل حق المرتهن في الرهن فشرط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه * وقيل يثبت القصاص لهما وان اجتمعا * وقيد باجتماعهما حتى لو اختلفا فلهما القيمة يكون رهنا مكانه (وان قتل مكاتب عن وفاء وله) اى للمكاتب (وارث مع سيده فلاقصاص) لان الصحابة اختلفوا في موته حرا او رقا * فعلى الاول الولي هو الوارث وعلى الثاني المولى فاشتبه من له حق القصاص فارتفع (وان لم يكن) له (وفاء يقتص سيده) بالاجماع سواء كان مع السيد وارث اولا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بموته عاجزا فيقتص المولى (وكذا) يقتص المولى (ان كان له ولاء ولاوارث له غير سيده) اى المكاتب عند الشيخين لان حق الاستيفاء للمولى تعين لانعدام الوارث وتعدد السبب لايقتضي تعدد الحكم ولايؤدى الى المنازعة لاتحاد الحكم للولي (خلافا لمحمد) فان عنده لايقتص المولى لانه لايستوفي لاشتباه سبب الاستيفاء هو الولاء ان مات حرا او الملك ان مات عبدا (ولاقصاص الا بالسيف) سواء قتله به او بغيره لقوله عليه السلام لاقود الا بالسيف * والمراد به السلاح * وقوله عليه السلام * لاتعذبوا عباد الله * وقال الشافعي يفعل بالقاتل مثل مافعل ان كان فعلا مشروعا فان مات

فيها والا تحز رقبته لان مبنى القصاص على المساواة والفعل المشروع كالرجم وهو في الجملة مشروع وغير مشروع كوطئ الصغيرة وللواطة بالصغير* لو اجرع احد اخرا حتى قتله اختلف الشافعي فيه قال بعضهم تحز رقبته ولا يفعل به مثله* واما القتل بحجر مشروع في الرجم فيجاز ان يقتل به* وقال بعضهم يتخذ له مثل آلته من الخشب و يفعل به مثل ما فعل وفي الخمر يجرع الماء حتى يموت (ولابي المعتوه ان يقتص من قاطع يده) اي المعتوه (وقاتل قريبه) يعني اذا قطع رجل يد المعتوه عمدا او قتل قريبه كولده فولي المعتوه يعني اباه يقتص من جانب المعتوه لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع الى النفس وهي تشفي الصدر فيليه كالانكاح (وان يصالح) اي لابي المعتوه ان يصالح القاطع على مال قدر الدية او اكثر لانه انظر في حق المعتوه* ولو صالح على اقل منه لا يجوز فيجب دية كاملة (لا ان يعفو) اي ليس له ولاية العفو لانه ابطال لحقه بلا عوض (والصبي كالمعتوه) لان كل ما ثبت من الاحكام المذكورة لابي المعتوه يثبت لابي الصبي (والقاضي كالاب في الصحيح) عند عدم الاب في الاحكام المذكورة لانه نائب من السلطان والسلطان يقتص من قاتل القتيل الذي لا ولي له كذا يقتصه النائب* وقوله «في الصحيح» احتراز عما روي عن محمد ان القاضي لا يستوفي القصاص للصغير لا في النفس ولا فيما دون النفس ولا ان يصالح كذا في الخانية وفي النهاية قال ابو يوسف ليس للسلطان ان يقتص اذا كان المقتول من اهل دار الاسلام كاللقيط كما ليس له ان يعفو بغير مال لان الحق للمسلمين* وقلنا للسلطان ولنائبه ولاية عامة فيلي الاستيفاء (وكذا الوصي) اي هو كالاب في جميع ذلك (الا انه لا يقتص في النفس) لانه ليس له ولاية على نفسه حتى لا يملك تزويجه* ويدخل تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف لانه لم يستثن الا القود في النفس* وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء* ووجه المذكور هنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب* بخلاف القصاص لان المقصود منه التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو اولى* قالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي* وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال كذا في الهداية (ومن قتل وله اولياء كبار وصغار) بان كان للمقتول بنون صغار وكبار او اخوة صغار وكبار (فللكبار الاقتصاص من قاتله قبل كبر الصغار) عند الامام لانه حق ثابت لكل منهم على الكمال فيجوز على الانفراد واحتمال العفو من الصغير منقطع كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت (خلافهما) لان الحق مشترك بينهم فلا ينفرد بعضهم باستيفائه وبه قال الشافعي واحمد في رواية (ولو غاب احد الكبار ينتظر حضوره) (اجماعا) لما بينا من احتمال العفو من الكبير الغائب (ومن قتل بحديدة المر اقتص منه ان جرحه) لانه سبب ظاهر للجرح (وان) قتل (بظهره) اي بظهر المر (او عصاه)

(فلا) يقتص لكونه غير جارح (وعليه الدية) عند الامام (وعندهما يقتص) وهو رواية عن الامام اعتبارا منه للآلة وهو الحديد * وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح * وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان كما في الهداية (وكذا الخلاف في كل مثقل) ان كان مما لا يطيقه الانسان (وفي التغريق والخنق) يعني لا يقتص عند ابي حنيفة خلافا لهما لوجود القتل بغير حق * وهو مذهب الشافعي * وله ان القصاص يتعلق بالعمل المحض وهو ان يقتل بآلة جارحة تعمل في نقض البنية ظاهرا او باطنا ولم يوجد والقود يستوفى بالسيف وفيه جرح الظاهر والباطن فلا تماثل * وكذا لا يقتص في القتل بتغريق ان كان الماء كثيرا بحيث لا يمكنه النجاة بالسباحة كالبحر * خلافا لهما وهو قول الشافعي فعنده يغرق اما ان كان كثيرا يمكنه النجاة بالسباحة فهو شبه العمد عندنا وان كان قليلا لا يقتل به غالبا فلا يقتص فيه بالاتفاق كما في شرح الوقاية لابن الشيخ * وفي المنح وان سبح ساعة فلا دية فيه وان القاه من سطح او جبل او بئر ويرجى نجاته غالبا فهو خطأ العمد والا فعلى الخلاف * ولو اوجره سما كرها او ناوله وا كرهه على شربه فلا قود فيه والدية على عاقلته * وقيل هو على الخلاف المعروف اذا كان السم مقدار ما يقتل غالبا وان ناوله فشرب من غير اكراه فلا قصاص فيه ولا دية علم الشارب به او لم يعلم * ولو ادخله بيتا فمات فيه جوعا لم يضمن شيأ عند الامام وعندهما يجب الدية * واو دفنه حيا فمات (بقاديه وان تكرر) اى القتل بالمثقل والتغريق والخنق (منه) اى من القاتل (قتل به) اى بالقتل المكرر (اجماعا) لكن قال صاحب الاختيار وان تكرر منه ذلك فللامام قتله سياسة لانه سعى في الارض بالفساد (ولا قصاص في القتل بموالاة ضرب السوط) وقال الشافعي فيه القصاص لان الموالاة في ضرب السوط الى ان مات دليل العمدية فيتحقق موجب العمد وهو القصاص * ولنا ماروى «الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل» ولان هذه الآلة غير موضوعة للقتل (ومن جرح) اى عمدا (فلم يزل ذا فراش حتى مات اقتص من جارحه) لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فاضيف اليه كما في الهداية (واذا التقى الصنفان من المسلمين واهل الحرب فقتل مسلم مسلما ظنه حربيا فعليه الدية والكفارة لا القصاص) لان هذا احد نوعي الخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة * وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب * ولما اختلفت سيوف المسلمين على يمان ابي حذيفة قضى رسول الله بالدية * قالوا انما تجب اذا كانوا مختلطين فان كان في صف المشركين لا يجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم * قال عليه السلام «من كثر سواد قوم فهو منهم» (ومن مات بفعل نفسه وزيد وحية واسد) يعني من شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك (فعلى زيد ثلث ديته) لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه جنس آخر لكونه هدرا في الدنيا معتبرا في الآخرة حتى يأثم به بالاتفاق ولا يصلى عليه عند ابي يوسف ويغسل فقط وفعل زيد معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلاث اجناس ويوزع دية النفس اثلاثا فيكون التلف بفعل زيد ثلثها فعليه ثلث الدية

فى ماله لانه عمدو العاقلة لاتعقل فيه * يفهم من هذا اللام ان يكون المقتول عاقلا بالغا والا يلحق فعله بفعل الاسد والحية فيكون فعله هدرا كفعلهما * وكذا يفهم ان لا يتفاوت فى جانب الاسد والحية زيادة من وطئ فرسه حيث يكون فعل هذه الثلاثة جنسا واحدا لكونه هدرا مطلقا ايضا حتى لا ينقص بانضمام الفرس اليهما عن الثالث الواجب على زيد (ومن شهر على المسلمين سيفا وجب قتله) لقوله عليه السلام * من شهر على المسلمين سيفا فقد احل دمه * اى اهدره ولان دفع الضرر واجب فوجب عليهم قتله اذا لم يمكن دفعه الا به ولا شئ بقتله لانه باغ سقطت عصمته ببغيه فلم يلزم على القاتل قصاص ولا دية ولا كفارة ولا يختلف بين ان يكون بالليل او بالنهار فى مصر او غيره (ولا شئ فى قتل من شهر على آخر سلاحا ليلا او نهارا فى مصر او غيره او شهر عليه عصا ليلا فى مصر او نهارا فى غيره فقتله المشهور عليه) لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل فلا يختلف الحكم فيه بالنهار او الليل او المصر او غيره * هذا فى السلاح * واما العصا فكالسلاح ان كانت خارج المصر لا فرق فيها بين الليل والنهار لانه لا يلحقه الغوث حينئذ فكان له دفعه بالقتل * بخلاف ما اذا كان فى المصر فجواز الدفع بالقتل مشروط بان تكون بالليل اما اذا كانت العصا فى المصر نهارا فلا يجوز له الدفع بالقتل كما سيأتى فى المتن (ولا) شئ (على من) اى شخص (قتل) اى ذلك الشخص (من) اى شخصا آخر (سرق متاعه ليلا واخرجه ان لم يمكنه الاسترداد بدون القتل) لقوله عليه السلام * قاتل دون ماله * ولانه يباح له القتل دفعا فى الابتداء فكذا استردادا فى الانتهاء * وهذا اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل كما فى الهداية وغيرها * اما اذا امكن الاسترداد بدون القتل كالتهديد والصياح وقتله مع ذلك يجب عليه القصاص لانه قتله بغير حق وهو بمنزلة المغصوب منه اذا قتل الغاصب حيث يجب عليه القصاص لانه يقدر على دفعه بالاستعانة من المسلمين والحاكم فلا تسقط عصمته بخلاف السارق الذى لا يندفع الا بالقتل كذا فى الزيلعى * وشرط الاخراج لانه ما لم يخرج المتاع لم يكن سارقا * والذى فى اكثر الكتب انه اذا قصد الاخذ ولا يتمكن من دفعه الا بالقتل فلا شئ بقتله * وعلى هذا لا فرق بين القتل بعد الاخراج او قبل الاخراج حيث انه فى الصورتين ان امكن الدفع او الاسترداد بدون القتل لا يقتل وان لم يكن يجوز له القتل فلا فائدة يعتد بها بقيد الاخراج فتأمل (ويجب القصاص على قاتل من شهر عصا نهارا فى مصر) لانه يلبث فيمكن ان يلحقه الغوث ويفرق بين العصا التى تلبث والتى لا تلبث بالصغر والكبر فعند الامامين العصا التى لا تلبث مثل السلاح فى الحكم حيث لم يفرق فيها بين الليل والنهار والمصر وغيره (او شهر سيفا وضرب به ولم يقتل ورجع) عطف على قوله شهر عصا يعنى يجب القصاص اذا شهر رجل على رجل سلاحا فضربه الشاهر ولم يقتله وانصرف ثم ان المشهور عليه ضرب الشاهر فقتله لعصمة دم الشاهر بالانصراف لا هدر دمه كان باعتبار شهر وضربه فاذا انصرف عن ذات عاد الى ما كان عليه من العصمة فيقتص من قاتله لانه قتل رجلا معصوم الدم (ولو شهر مجنون او صبى على آخر سيفا فقتله

الآخر عمدا فعليه الدية في ماله ولو قتل جملا صال عليه ضمن قيمته) وعن ابي يوسف لايجب الدية في الصبي والمجنون ويجب الضمان في الدابة* وقال الشافعي لايجب في الكل لانه قتله دفعا عن نفسه * ولنا ان الفعل من هذه الاشياء غير متصف بالحرمة فلم يقع بغيا فلاتسقط العصمة به لعدم الاختيار الصحيح * ولهذا لايجب القصاص على الصبي والمجنون بقتلهما ولان الضمان بفعل الدابة واذا لم يسقط كان قضيته ان يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة الا انه لايجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية في الآدمي والقيمة في الدابة

باب القصاص فيما دون النفس

لما فرغ من بيان القصاص في النفس شرع في بيان القصاص فيما دون النفس اذ الجزء يتبع الكل (هو) اى القصاص فيما دون النفس (فيما يمكن فيه) الضمير في فيه يرجع الى ماوهى نكرة موصوفة عبارة عن فعل الجناية (حفظ المماثلة) وكل ما امكن رعايتها فيه يجب القصاص ومالا فلا (اذا كان عمدا فيقتص بقطع اليد من المفصل) لا فيما اذا قطع من نصف الساعد حيث لايمكن فيه رعاية المماثلة كما سيأتي (وان) وصلية (كانت اكبر من يد المقطوع) لان منفعة اليد لاتختلف بذلك* وانما اعتبر الكبر والصغر في شجة الرأس اذا استوعب رأس الشجوج وكان رأس الشاج اكبر من رأسه لعدم المماثلة بينهما اذ المعتبر في ذلك هو الشئن دون المنفعة بخلاف قطع اليد فان الشئن فيه لايختلف ولهذا خيرين الاقتصاص واخذ الارش (وكذا الرجل) اذا قطعت من المفصل للمماثلة لا من نصف الساق حيث لايمكن المماثلة ايضا كما سيأتي (و) كذا (في مارن الانف وفي الاذن) اذا قطعا عمدا فيقتص من القاطع لا في قصبة الانف لعدم امكان رعاية المماثلة (و) كذا يقتص (في العين ان ذهب ضوءها) بضرب اوغيره (وهي قائمة) اى والحال ان العين قائمة وقوله * بضرب اوغيره* اى بحيث لم تدمع اذا كانت مفتوحة مقابلة للشمس اولم تهرب من الحية اوقال ذلك طبيبا * وفيه رمز الى انه او ابيض بعض الناظرة او اصابها قرحة اوسيل اوشئ مما يقبح بالعين ليس فيه قصاص بل حكومة عدل والى انه لو ذهب بياضه ثم ابصر لم يكن عليه شئ* قالوا وهذا اذا صار كما كان واما اذا اداد دون ذلك ففيه حكومة عدل والى انه اذا كان عين المجنى عليه اكبر من عين الجاني او اصغر فهو سواء* وكذا اليدان والرجلان وكذا اصبعهما ويؤخذ ابهام اليمنى باليمنى والسبابة بالسبابة والوسطى بالوسطى ولايؤخذ شئ من الاعضاء اليمنى الا باليمنى ولا اليسرى الا باليسرى * فالحاصل انه لايؤخذ شئ من الاعضاء الا بمثله من القاطع ومن قطع يدا اظفرها مسود او بها جراحة لايوجب نقصان دية اليد يجب القصاص كما في المنح (لا) يقتص (ان قلعت العين) وذهب نورها اذ رعاية المماثلة في القلع والانخساف غير ممكن (فيجعل على الوجه قطن رطب وتقابل العين بمرآة محماة حتى يذهب ضوءها) وانما جعل هذا الوجه لصيانة الوجه والعين الاخرى عن الضرر (و) يقتص (في كل شجة تراعى فيها المماثلة كالموضحة) وهي ان يظهر العظم كما سيأتي (ولاقصاص في اعظم سوى السن) لتعذر استيفاء المثل لانه يحتمل الزيادة والنقصان ولقوله عليه السلام *لاقصاص في العظم*

(وقال)

وقال عمر وابن مسعود * لاقصاص فى عظم الافى السن * وهو المراد بالحديث * فان كان السن عظما فالاستثناء متصل وان كان غير عظم فنقطع وقد اختلف الاطباء فى ذلك فنهم من قال هو طرف عصب يابس لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ومنهم من قال هو عظم والى هذا ميل المصنف (فيقلع) من المضارب (ان قلع) سن المضروب سواء كان بينهما تفاوت فى الصغر والكبر اولا لان منفعة السن لاتختلف بهما (ويبرد) بالمبرد (ان كسر) الى ان يتساويا تحقق المماثلة فى الكسر كما قال الله تعالى * والسن بالسن * قيل لاتقلع بالقلع بل تبرد الى ان تنتهى الى اللحم ويسقط ماسواه (ولا) قصاص (بين طرفى ذكر وانثى وحر وعبد او) فى (طرفى عبدين) فى القطع والقتل ونحوهما لانعدام المماثلة فى الاطراف عندنا لانها يسلك بها مسلك الاموال فيثبت التفاوت بينهما فى القيمة * وعند الشافعى يجب القصاص فى جميع ذلك اعتبارا للاطراف بالانفس لكونها تابعة لها (ولا فى قطع يد من نصف الساعد) لماسلف من عدم امكان المماثلة (ولا) قصاص (فى جائفة برئت) والجائفة هى الطعنة التى بلغت الجوف * وانما قال * برئت * لان البرء فيها نادر فالظاهر ان الثانى يفضى الى الهلاك فلا يمكن رعاية المماثلة * بخلاف ما اذا لم يبرأ فانها اماسارية فيجب الاقتصاص واما ان لاتسرى بعد فينتظر الى ان يظهر الحال من البرء او السراية (ولا) قصاص (فى) قطع (اللسان ولا فى الذكر) عندنا حيث يجرى فيهما الانقباض والانبساط فلا يمكن المماثلة فى الاستيفاء (الا ان قطعت الحشفة فقط) فحينئذ يقتص لان موضع القطع معلوم فصار كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص عليه لان البعض لايعلم مقداره * والشفة ان استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة * بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها * وعن ابى يوسف ان قطع من الاصل يقتص لامكان اعتبار المماثلة (وطرف المسلم والذمى سواء) للتساوى بينهما فى الارش (وخير المجنى عليه بين القصاص واخذ الارش لو كانت يد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع) لتعذر استيفاء حقه بكماله فيتخير بين ان يتجوز بدون حقه فى القطع وبين ان يأخذ الارش كاملا كمن اتلف مثليا لانسان فانقطع عن ايدى الناس ولم يبق الا الردى فانه يتخير بين ان يأخذ الموجود ناقصا وبين يأخذ القيمة * ثم اذا استوفى القصاص سقط حقه فى الزيادة * وقال الشافعى يضمنه النقصان وتمامه فى المنح فليطالع (او) كان (رأس الشاج اصغر او اكبر) بحيث (لاتستوعب الشجة مابين قرنيه) اى مابين ناحيتى رأسه (وقد استوعبت) الشجة (مابين قرنى المشجوج) فقوله لاتستوعب الخ قيد لكون رأس المشجوج اكبر الشجة انما كانت موجبة لكونها مشينة فيتعذر الاستيفاء كلا اذا كان رأس المشجوج اكبر ورأس الشاج اصغر لما فيه من زيادة الشين فيخير ان شاء اخذ ارشها وان شاء اقتص ويسقط حقه فى الزيادة * واما الثانى وهو ما اذا كان رأس الشاج اكبر ورأس المشجوج اصغر فان الشين يزداد بازدياد الشجة فيزيد بالاستيفاء على فعله وباستيفاء قدر حقه لايلحق الشاج من الشين مايلحق المشجوج فلهذا قلنا بالخيار

﴿ فصل ﴾

لما كان سقوط القصاص والصلح عنه بعد تحقق الجناية واحكامها عقد هذا الفصل لذلك

لتميز مسائله عما سبق بيانه من الجنايات بانواعها فقال (ويسقط القصاص بموت القاتل) لفوات المحل (وبعفو الاولياء وبصلحهم على مال وان قل) المال * لانه حقهم فيجوز تصرفهم فيه كيف شاؤا (ويجب) المال المصالح عليه (حالا) يعنى اذا صالح الاولياء على مال عن القصاص وجب المال المصالح عليه قليلا كان او كثيرا حالا وان لم يذكروا الحلول والتأجيل لانه مال واجب بالعقد والاصل فى امثاله الحلول كالمهر والثمن ومشروعية الصلح ثابتة بقوله تعالى «فمن عفى له من اخيه شئ» وقال ابن عباس* نزلت هذه الآية فى الصلح* وقوله عليه السلام *من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين بين ان يأخذوا المال وبين ان يقتلوا *فالمراد اخذ المال برضى القاتل وهو معنى الصلح ولانه حق ثابت للاولياء يجوز لهم التصرف فيه باسقاطه مجانا وهو العفو وبعوض وهو معنى الصلح * بخلاف حد القذف لان الغالب فيه حق الله فلا يجرى فيه العفو فكذا التعويض *وانما كان القليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه شئ مقدر شرعا فيفوض الى رضاهما كالخلع وبدل الكتابة والاعتاق على مال *بخلاف ما اذا كان القتل خطأ فانه لا يجوز الصلح باكثر من الدية لانه دين ثابت فى الذمة مقدر بقوله تعالى *ودية مسلمة الى اهله *فيكون اخذ اكثر منه ربا (و) يسقط القصاص (بصلح بعضهم) اى الاولياء (او عفوه) اى البعض لان كل واحد منهم يتمكن من التصرف فى نصيبه استيفاء واسقاطا بالعفو او الصلح لانه تصرف فى خالص حقه ومن ضرورة سقوط حق البعض فى القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى *بخلاف ما لو قتل رجلين فعفا اولياء احدهما حيث يكون لاولياء الآخر قتله لان الوجود فيه قصاصان لاختلاف القتل والمقتول فبسقوط احدهما لا يسقط الآخر (ولمن بقى) من الاولياء (حصته من الدية فى ثلاث سنين على القاتل هو الصحيح) لان استيفاء القصاص تعذر لمعنى فى القاتل وهو ثبوت عصمته بعفو البعض فيجب المال كما فى الخطأ فان العجز عن القصاص ثمة لمعنى فى القاتل وهو كونه خاطئا ولا حصة للعافى لاسقاط حقه (وقيل على العاقلة) والصحيح هو الاول لان القتل عمد والعاقلة لا تتحمل العمد (ولو قتل حر وعبد شخصا فامر الحر وسيد العبد رجلا بالصلح عن دمهما بالف فصالح فهى نصفان) يعنى اذا قتل حر وعبد رجلا عمدا حتى وجب عليهما الدم فامر الحر ومولى العبد رجلا ان يصالح عن دمهما على الف ففعل فالالف على الحر ومولى العبد نصفان لانه مقابل بالقصاص وهو عليهما على السواء فيقسم بدله عليهما على السواء ولان الالف وجب بالعقد وهو مضاف اليهما فيتنصف موجبه وهو الالف (ويقتل الجمع بالفرد) والقياس ان لا يقتل لعدم المساواة وترك القياس باجماع الصحابة *روى ان سبعة من اهل صنعاء قتلوا واحدا فقتلهم عمر وقال *لو اجتمع عليه اهل صنعاء لقتلتهم *ولان زهوق الروح لا يتجزى واشتراك الجماعة فيما لا يتجزى يوجب التكامل فى حق كل واحد منهم فيضاف الى كل واحد منهم كملا كانه ليس معه غيره كولاية الانكاح فى باب النكاح *ثم اعلم انه لابد فى المتن من قيد ان يجرح كل واحد جرحا مهلكا لان زهوق الروح يتحقق بالمساواة كما فى تصحيح القدورى للشيخ قاسم* حتى اذا لم يجرح كل

واحدجرحا مهلكالايقتل * قال الزاهدى فى المجتبى انما يقتل جميعهم اذا وجد من كل واحد منهم جرح يصلح لزهوق الروح * فاما اذا كانوا نظارة او مغرين او معينين بالامساك والاخذ لاقصاص عليهم اه * ويدل عليه قول الزيلعى فى تعليل وجوب قتل الجمع بالفرد لان زهوق الروح لايتجزى واشتراك الجماعة فيما لايتجزى يوجب التكامل فى حق كل واحد منهم فيضاف الى كل واحد منهم كانه ليس معه غيره اه (و) يقتل (الفرد بالجمع اكتفاء ان حضر اولياؤهم) اى يكتفى بقتل الفرد حيث لاتجب الدية عندنا خلافا للشافعى لانه يقتل بالاول ويجب المال للباقين ان علم اول من قتل وان لم يعلم اول المقتولين يقتل لهم وقسمت الديات بينهم * وقيل يقرع فيقتل لمن خرجت قرعته فيجب المال للباقين (وان حضر واحد) من الاولياء (قتل له) اى لذلك الواحد الحاضر (وسقط حق) الاولياء (البقية) وهو القصاص عندنا لفوات المحل فصار كموت العبد الجانى (ولاتقطع يدان بيد وان امر اسكينا فقطعا معا بل يضمنان ديتها) يعنى لاتقطع يدا رجلين بيد رجل امرا سكينا واحدا على يد فقطعت وضمنا دية واحدة على المناصفة عندنا لان كل واحد قاطع بعض اليد فلا مماثلة لان الانقطاع حصل باعتماد يديهما على السكين عند الامرار والمحل متجزٍ فيضاف البعض الى كل واحد بخلاف النفس لان زهوق الروح لايتجزى وعند الشافعى يقطع يداهما قياسا بالانفس لكونه الطرف تابعا لها اوزجرا لهما * وقيل عند الشافعى يقطع يد احدهما بالقرعة وعلى الآخر الدية * قيل لو وضع احدهما السكين من جانب والآخر وضع السكين الآخر من جانب وامرا حتى التقى السكينان لايجب القصاص اتفاقا لان كلا منهما قاطع للبعض (فان قطع رجل يمينى رجلين) سواء قطعهما معا او على التعاقب (فلهما قطع يمينه ودية بينهما) وهو نصف دية النفس فيقسم بينهما صفين (ان حضرا معا) لان المماثلة مرعية بالقيمة فى الاطراف وعند الشافعى يقطع بالاول فى التعاقب وللثانى الارش ويقرع بينهما فى القران والقصاص لمن خرجت قرعته وللآخر الارش (وان حضر احدهما) اى احد المقطوعين (وقطع) القاطع عند حضوره (فللآخر الدية) اى دية واحدة لان للحاضر ان يستوفى لثبوت حقه وتردد حق الغائب بين ان لايطلب او يعفو مجانا او يصالح فاذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر فى الدية لانه اوفى به حقا مستحقا (وصح اقرار العبد بقتل العمد ويقتص به) عندنا لانه غير متهم فيه لانه مضر بالعبد فيقبل قوله ولان العبد مبقى على اصل الحرية فى حق الدم عملا بالادمية سواء كان مأذونا او محجورا حتى لايجوز اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمان فلا يبالى به * خلافا لزفر اذ عنده لايجوز اقراره لانه يؤدى الى ابطال حق المولى فصار كالاقرار بالقتل خطأ او بالمال (ومن رمى رجلا عمدا فنفذ الى آخر) عمدا (فماتا اقتص للاول) لانه عمد (وعلى عاقلته الدية للثانى) لانه احد نوعى الخطأ كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر

فصل

(ومن قطع يد رجل ثم قتله اخذ بهما مطلقا) اى سواء كانا عمدين او خطائين او مختلفين (ان تخللهما برء)

فيجب القطع و القتل فى العمدين ودية و نصف دية فى الخطائين والقطع والدية اذا كان القطع عمدا والقتل خطأ والقصاص ونصف الدية فى عكسه والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل فى الاعم يقع بضربات متعاقبة وفى اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه لتخلل البرء بينهما وهو قاطع للسراية فى العمدين والخطائين ولاختلاف حكم الفعلين وتخلل البرء بينهما ايضا فى المختلفين (والا) اى وان لم يتخلل بينهما برء (فان اختلفا عمدا او خطأ) بان كان القطع عمدا والقتل خطأ او بالعكس (اخذ بهما) ايضا فيجب القطع والدية فى الاول والقصاص ونصف الدية فى الثانى لتعذر الجمع لاختلاف الجنايتين لكون احدهما عمدا والآخر خطأ (لا) يؤخذ بهما (ان كانا خطائين) ولم يتخلل بينهما برء (بل تكفى دية) واحدة اعنى دية القتل لان دية القطع انما تجب عند استحكام اثر الفعل وهو ان يعلم عدم السراية (وفى العمدين) اللذين لم يتخلل بينهما برء (يؤخذ بهما) فيجب القطع والقتل عند الامام (وعندهما) لا يقطع بل (يقتل فقط) فيدخل جزاء القطع فى جزاء القتل لان الجمع بينهما ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما * وله ان الجمع متعذر للاختلاف بين هذين الفعلين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة فى الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر (ولو ضربه مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة وجبت دية) واحدة (فقط) عند الامام لانه لما برئ منها لا تبقى معتبرة فى حق الارش وان بقيت معتبرة فى حق التعزير للضارب فبقى الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل الامام وعن ابى يوسف فى مثله حكومة عدل وعن محمد انه تجب اجرة الطبيب وثمن الادوية كما فى الهداية (وان جرحته) اى جرحت المضروب مائة سوط (وبقى) لها (الاثر) اى اثر الجراحة بعد البرء (ولم يمت تجب حكومة عدل) عند الامام لبقاء الاثر * والارش انما يجب باعتبار معنى الاثر فى النفس وان لم يبق لها اثر لا يجب شئ عنده (ومن قطعت يده عمدا فعفا) المقطوع (عن القطع فمات منه) اى من القطع (فعلى قاطعه الدية فى ماله) عند الامام لانه عفا عن القطع وهو غير القتل فلما سرى تبين انه القتل لا القطع فيجب ضمان القتل لان حقه فيه * هذا فى القياس * الا ان الدية وجبت استحسانا لان صورة العفو مورثة للشبهة (وعندهما هو) اى عفو المقطوع (عفو عن النفس) فلا يلزم على القاطع شئ اذ العفو عن القطع عفو عن موجبه وهو احد الامرين هو القطع ان لم يسر او القتل ان سرى (وان عفا) المقطوع (عن القطع وما يحدث منه) اى من القطع(او) عفا (عن الجناية) عمدا (فهو عفو عن النفس اجماعا) لكون الجناية جنسا متنا ولا للسارية والمقتصرة ثم مات من ذلك لاشئ عليه (والعمد من كل المال والخطأ من ثلثه) اى ثلث المال يعنى ان كان القطع عمدا وعفا عنه كان من كل المال لان موجبه قود وهو ليس بمال فلم يتعلق به حق الورثة فيصح العفو عنه على الكمال وان كان خطأ وعفا عنه فهو عفو عن الدية فيعتبر

من ثلث المال لان الدية مال وحق الورثة يتعلق بها والعفو وصية فيصح من الثلث (والشج كالقطع) اى العفو عن الشجة كالعفو عن القطع فاذا عفا المشجوج عن الشجة فمات منها يضمن شاجه ارشه عند الامام لان العفو مورث للشبهة فلا يضمن القتل* وعندهما لايجب شئ اذا العفو عن الشجة عفو عن موجبه والارش ان لم يسر او القتل ان سرى ولو عفا عن الشجة فهو عفو عن النفس وكذا لو عفا عن الشجة وما يحدث منها فهو عفو عن النفس ولو عفا عن الشجة خطأ فهو عفو معتبر من الثلث ولو عفا عن الشجة عمدا فهو عفو مجانا (وان قطعت امرأة يد رجل فتزوجها على) موجب (يده ثم مات) المقطوع يده (فعليه مهر مثلها وعليها الدية فى مالها ان) قطعت (عمدا وعلى عاقلتها ان) قطعت (خطأ) هذا عند الامام لان العفو عن اليد او القطع لايكون عفوا عن ما يحدث منه عنده ثم ان كان القطع عمدا كان تزوجا على القصاص فى الطرف وليس بمال على تقدير الاستيفاء فعلى تقدير السقوط اولى فلا يصلح للمهر فيجب لها عليه مهر المثل* فان قيل قد سبق ان القصاص لايجرى بين الرجل والمرأة فى الطرف فكيف يصح تزوجها عليه اجيب ان الموجب الاصلى للعمد هو القصاص لاطلاق قوله تعالى* والجروح قصاص* وانما سقط للتعذر ثم تجب عليها الدية لان التزوج وان تضمن العفو لكن القصاص فى الطرف فاذا سرى تبين انه قتل ولم يتناوله العفو فتجب الدية لعدم صحة العفو عن النفس وهو فى مالها لانه عمد والعاقلة لاتحمله فاذا وجبت له الدية ولها المهر تقاصا ان استويا وان فضلت الدية ترده على الورثة وان فضل المهر ترده الورثة عليها وان كان القطع خطأ يكون تزوجها على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما فى يده ولا شئ فيها والدية واجبة بنفس القتل لانه خطأ ولا تقع المقاصة لان الدية على العاقلة* قيل ينبغى ان تقع المقاصة على القول المختار فى الدية وهو عدم وجوبها على العاقلة بل على القاتل (وان تزوجها على اليد وما يحدث منها) يعنى السراية (او على الجناية ثم مات) من ذلك القطع (فعليه مهر المثل فى العمد) لان هذا تزوج على القصاص وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا كما لو تزوجها على خمر او خنزير (ويرفع عن العاقلة مقداره) اى مقدار مهر مثلها (فى الخطأ) ان كان مهر المثل اقل من الدية (والباقى) من الدية (وصية لهم) اى للعاقلة (فان خرج) الباقى (من الثلث سقط والا) اى وان لم يخرج الباقى من الثلث (فقدر ما يخرج منه) لانه تزوج على الدية وهى تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر المهر المثل من جميع المال لانه وان كان مريضا مرض الموت لكن التزوج من الحوائج الاصلية ولا تصح فى حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية والدية تجب على العاقلة وقد صارت مهرا فيسقط كلها عنهم ان كان مهر مثلها مثل الدية او اكثر (وكذا الحكم عندهما فى الصورة الاولى) اى فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما فى الفصلين اى فى الخطأ والعمد (ومن قطعت يده فمات بعدما اقتص له من القاطع قتل قاطعه) يعنى لو ان رجلا

قطع يد رجل فاقتص له بان قطع يده ثم مات مقطوع الاول منه قبل المقطوع الثاني قتل المقطوع الثاني به وهو القاتل الاول قصاصا لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود اذا استوفى طرف من عليه القصاص وعن ابي يوسف انه يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابراه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه اي من المقطوع الاول ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مبرءا عنه بدون العلم به (ومن قتل له ولي عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا عن القتل فعليه) اي قاطع اليد (دية اليد) عند الامام لانه استوفى غير حقه لانه حقه في القتل وهذا قطع وكان القياس ان يجب القصاص لانه سقط للشبهة واذا سقط وجب المال (ومن قطعت يده فاقتص من قاطعها) بنفسه بلا حكم حاكم كما في الدرر (فسرى) القطع (الى نفسه فعليه) اي على المقتص (دية النفس) عند الامام لان حقه في القطع لا في القتل ولما سرى كان قتلا لا قطعا فصار فعله بغير حق وما تقيد بوصف السلامة هو من الواجبات كالرمي الى الحربي وما نحن فيه ليس منها اذ العفو مندوب لكن لم يجب القصاص لاندارئه بشبهة فانقلب الى الدية (خلافا لهما فيهما) اي في هذه المسئلة والمسئلة التي قبلها اما في الاولى فلان اقدامه على القطع دليل على انه ابرأه عن غيره واما في هذه المسئلة فلانه استوفى حقه وهو القطع فسقط حكم السراية اذ الاحتراز عن السراية خارج عن وسعه فلا يتقيد بشرط السلامة لما فيه من سد باب القصاص كالامام والقاضي اذا قطع يد السارق فسرى الى النفس ومات وكالبزاغ والفصاد والحجام والختان وكما لو قال اقطع يدي فقطعها ومات وفي المنح وضمان الصبي اذا مات من ضرب ابيه او وصيه تأديبا عليهما اي على الاب والوصي عند الامام كضرب معلم صبيا او عبدا بغير اذن ابيه ومولاه وان كان الضرب باذنهما لا ضمان وكذا يضمن زوج امرأة ضربها تأديبا

باب الشهادة في القتل واعتبار حالته

لما كانت الشهادة في القتل امرا متعلقا بالقتل اوردها بعد ذكر حكم القتل لان ما يتعلق بالشيء كان ادنى درجة من نفس ذلك الشيء (القود يثبت للوارث) بطريق الخلافة (ابتداء لا بطريق الارث) عند الامام لانه يثبت بعد الموت والميت ليس اهلا لان يملك شيئا الا ماله اليه حاجة كالمال مثلا ولهذا يجهز وتقضى ديونه وتنفذ وصاياه بخلاف القود وطريق ثبوته الخلافة وعندهما بطريق الارث والفرق بينهما ان الوارث تستدعي سبق ملك المورث ثم الانتقال منه الى الوارث والخلافة لا تستدعي ذلك بل ثبوته بطريق الخلافة بمعنى ما ذكره صدر الشريعة ان يقوم شخص مقام غيره في اقامته فعله ففي القتل اعتدى القاتل على المقتول بمثل ما اعتدى عليه لكنه عاجز عن اقامته فالورثة قاموا مقامه من غير ان يكون للمقتول ملكه ثم انتقل منه الى الورثة (فلا يكون احدهم) اي احد الورثة (خصما عن البقية فيه) اي في اثبات فعل القصاص بغير وكالة منهم فاذا اقيم القصاص بعد لا يقيم بحضورهم (بخلاف المال) لان الميت اهل لان يملك المال ولذا لو نصب شبكة يتعلق بها صيد بعد موته يملكه وعندهما يثبت بطريق الوراثة (فلو اقام احدهم بينة حجة بقتل ابيهم عمدا

والآخر غائب لزم اعادتها) اى اعادة الحجة (بعد عود الغائب) ليتمكن من الاستيفاء عند
الامام وحاصله انه ليس للحاضر ان يستوفى القصاص قبل عود الغائب بل اذا اقام الحاضر
البينة يحبس القاتل لانه صار متهما بالقتل والمتهم يحبس فان عاد الغائب فليس لهما ان يقتلاه
بتلك البينة بل لا بد لهما من اعادة البينة (خلافا لهما) اى قالا لا يلزم اعادتها بعد عود الغائب
بل يحبس ايضا اذا اقام الحاضر البينة فاذا عاد الغائب فلهما ان يقتلاه بتلك البينة (وفى) قتل
الخطأ والدين (لا تلزم) اعادة البينة اذا جاء الغائب بعد اقامة الحاضر لان قتل الخطأ لا يوجب
القود بل انما يوجب الدية فطريق ثبوته الوراثة اجماعا * وحاصل الكلام ان احد الورثة
ينتصب خصما عن الباقين فيما يدعى للميت او عليه كما اذا ادعى احد الورثة شيئا من تركة
الميت على احد واقام عليه بينة يثبت حق الجميع بلا حاجة الى الدعوى والاثبات من الباقين
وكذا اذا ادعى احد على احدهم شيئا من التركة واقام عليه بينة يثبت على جميعهم بلا حاجة الى
الدعوى والاثبات على الباقين (ولو برهن القاتل على عفو) الوارث (الغائب فالحاضر
خصمه) عن الغائب (ويسقط القود) اى لو اقام القاتل البينة على الوارث الحاضر ان
الوارث الغائب قد عفا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب فتقبل بينة العفو عليه لانه يدعى على
الحاضر سقوط حقه فى القصاص وانقلابه الى المال فاذا قضى عليه يصير الغائب مقضيا عليه
تبعا ويسقط القود عن القاتل لعدم التجزى وينقلب الى الدية (وكذا لو قتل عبدا لرجلين
واحدهما غائب) فاقام القاتل بينة على الحاضر ان شريكه الغائب قد عفا فانه ينتصب الحاضر
خصما ويسقط القود لما مر آنفا (ولو شهد وليا القصاص بعفو اخيهما لغت) تلك الشهادة يعنى
اذا كان اولياء المقتول ثلاثة وشهد اثنان منهم على الثالث انه عفا فشهادتهما باطلة لانهما يجران
الى انفسهما نفعا وهو انقلاب القود مالا وهو عفو منهما لانهما زعما ان القصاص قد سقط
وزعمهما معتبر فى حق انفسهما * وهذه المسئلة على اوجه اربعة ذكر الاول بقوله (فان
صدقهما) اى الوليين (القاتل فقط) وكذبهما المشهود عليه (فالدية بينهم اثلاثا) لانه
بتصديقه اياهما اقر لهما بثلثى الدية فلزم وادعى بطلان حق الشريك فلم يصدق فتحول
مالا وغرم القاتل الدية اثلاثا وذكر الثانى بقوله (وان كذبهما) القاتل سواء كذبهما
الولى المشهود عليه بالعفو (فلا شئ لهما) اى للوليين الشاهدين (وللآخر ثلث الدية)
لانهما بشهادتهما عليه بالعفو اقرا ببطلان حقهما فى القصاص فصح اقرارهما فى حق انفسهما
وادعيا انقلابه مالا فلا يصدق دعواهما الا ببينة وللولى المشهود عليه ثلث الدية لان دعواهما
عليه العفو وهو ينكر فكانه [illegible] فطلبه مالا لا بسقوط القصاص المضاف اليهما وذكر الثالث
بقوله (وان صدقهما اخوهما فقط) دون القاتل (غرم القاتل له) اى للاخ (ثلث الدية)
يعنى يغرم القاتل ثلث الدية وهو نصيب الشريك (ثم يأخذانه) اى يأخذ الشاهدان الثلث
(منه) اى من الشريك المصدق لان زعم الشريك انهما صادقان فى الخبر فلا شئ له على
القاتل وانما على القاتل ثلثا الدية وما فى الشريك وهو ثلث الدية مال القاتل وهو من جنس

حقهما فيصرف اليهما الاقرار لهما بذلك كمن قال لفلان على الف درهم فقال المقرله ليس ذلك لى وانما هو لفلان فان ذلك يصرف اليه فكذا هذا * وهذا كله استحسان * والقياس ان لا يلزم القاتل شئ لان ما ادعاه الشاهد ان على القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل للمشهور عليه قد بطل باقراره بالعفو لكونه تكذيبا له وجوابه ان القاتل بتكذيبه للشاهدين قد اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص قد سقط بشهادتهما كما اذا عفوا والمقرله ما كذب القاتل حقيقة بل اضاف الوجوب الى غيره فجعل الواجب للشاهدين وفى مثله لا يرتد الاقرار كمن قال لفلان على كذا فقال المقرله ليس لى ولكنه لفلان على ما بينا كما فى التبيين (وان اختلف شاهدا القتل فى زمانه) اى زمان القتل (او مكانه او) فى (آلته) بان قال احدهما قتله بعصا وقال الآخر قتله بالسيف (او قال احدهما ضربه بعصا وقال الآخر لا ادرى بماذا قتله بطلت) شهادتهما لان القتل لا يتكرر فالقتل فى زمان او مكان غير القتل فى زمان آخر ومكان آخر وكذا القتل بآلة غير القتل بآلة اخرى وتختلف الاحكام باختلاف الآلة فكان على كل قتل شهادة فرد فلم تقبل ولان اتفاق الشاهدين شرط للقبول ولم يوجد ولان القاضى تيقن كذب احدهما لاستحالة اجتماع ما ذكر واذا بين احدهما الآلة وقال الآخر لا ادرى بماذا قتله فلا تقبل شهادتهما ايضا لان المطلق يغاير المقيد لان المطلق يوجب الدية فى ماله والمقيد يوجب الدية على العاقلة فاختلف حكمهما كالصورة الاولى فلا تقبل واما اذا شهد احدهما بالقتل معاينة والآخر على اقرار القاتل كان باطلا لاختلاف المشهود به فان احدهما فعل والآخر قول وقد تقرر فى كتاب الشهادة انه لا يجمع بين قول وفعل وكذا تبطل الشهادة لو كمل النصاب فى كل واحد منهما بان شهد شاهد ان انه قتله يوم الجمعة وآخر ان انه قتله يوم السبت او شهدا كذلك فى المكان لتيقن القاضى بكذب احد الفريقين وعدم الاولوية بالقبول ولو كمل احد الفريقين دون الآخر قبل الكامل منهما لعدم المعارض كما فى المنح (وان شهدا بالقتل وجهلا الآلة) بان قالا لا ندرى باى شئ قتله (لزمت الدية) استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان الفعل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به * وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم فى الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه ومثل ذلك سائغ شرعا لان الشرع اجاز الكذب فى اصلاح ذات البين على ما ورد به الحديث * ليس بكذاب من اصلح بين اثنين وقال خيرا * فهذا مثله او احق منه فيحمل عليه وانما وجبت الدية فى ماله دون العاقلة لان المطلق يحمل على الكامل فلا يثبت الخطأ بالشك (ولو اقر كل) واحد (من رجلين بقتل زيد وقال وليه قتلتماه جميعا فله) اى للولى (قتلهما) جميعا لان تكذيب الولى فى بعض ما اقر به وهو الانفراد بالقتل لا يبطل الاقرار وان كان فيه التفسيق لان فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار وكذا لو قال الولى لاحدهما انت قتلته له ان يقتله دون الآخر ولو قال الولى فى صورة الاقرار صدقتما ليس له ان يقتل واحدا منهما لان كل واحد منهما يدعى الانفراد

(بالقتل)

بالقتل فتصديقه يوجب ذلك فصار كانه قال لكل واحد منهما قتلته وحدك ولم يشاركك
فيه احدكما تقول فيكون مقراً بان الآخر لم يقتله بخلاف الاول وهو ما اذا قال قتلتماه لانه
دعوى القتل من غير تصديق فيقتلهما باقرارهما ولو اقر رجل بانه قتله فقامت البينة على
آخر انه قتله كلاهما كان للولي قتل المقر دون المشهود عليه* ولو قال الولي لاحد المقرين
صدقت انت قتلته وحدك كان له قتله كما اذا قال ذلك لاحد المشهود عليهما* شهدا على رجل
بقتله خطأً وحكم بالدية وجاء المشهود بقتله حيا ضمنت العاقلة الولي او الشهود ورجع
الشهود على الولي* والعمد كالخطأ الا في الرجوع* ولو شهدا على اقراره او شهدا على شهادة
غيرهما في الخطأ لم يضمنا وضمن الولي الدية للعاقلة كما في التنوير (ولو شهدا بقتل زيد عمرا
و) شهد (آخر ان بقتل بكر اياه وادعى وليه قتلهما لغتا) اى الشهادتان لان تكذيب الولي
الشاهد في بعض ما شهد به وهو الانفراد في القتل يبطل الشهادة اصلا لان التكذيب تفسيق
وفسق الشاهد يمنع القبول (والعبرة بحالة الرمي) لان الرمي فعل الرامي ولا فعل له بعده
يوجب اعتبار حاله في حق الحل والضمان عند ذلك (لا الوصول) اى ليس المعتبر حالة
الوصول (في تبدل حال المرمي عند الامام* فلو رمى مسلما) عمدا (فارتد فوصل) السهم
(اليه فات تجب الدية) عنده لان التضمين لورثة المرتد لكونه معصوما وقت الرمي لا القصاص
لاندرائه بالشبهة فتجب الدية (خلافا لهما) اى لاشيء على الرمي لان التلف حصل في محل
غير معصوم فيكون هدرا ولان المرمي اليه كان مبرأً بالارتداد عن موجبه كما اذا ابرأه بعد
الجرح قبل الموت (ولو رمى مرتدا فاسلم قبل الوصول لايجب شيء اتفاقا) وكذا اذا رمى
حربيا ثم اسلم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا بصيرورته
متقوما بعد ذلك (وان رمى عبدا فاعتق فوصل) السهم اليه بعدما اعتق (فعليه) اى على الرامي
(قيمته عبدا) عند الشيخين لانه يصير قاتلا من وقت الرمي وقد صار هو مملوكا في تلك الحالة
فتجب قيمته (وعند محمد) عليه (فضل ما بين قيمته مرميا وغير مرمي) لان توجه السهم عليه
اوجب اشرافه على الهلاك حتى لو كانت قيمته قبل الرمي الفا وبعده ثمانمائة يلزم الرامي
مائتان وقال زفر تجب عليه الدية لان الرمي يصير علة عند الاصابة اذ علة الاتلاف لا تصير
من غير تلف يتصل به وقد تلف به الحي (وان رمى محرم صيد فحل) من احرامه قبل
الاصابة (فوصل) السهم الى الصيد فقتله (وجب الجزاء) اذ الاعتبار بحالة الرمي (وان
رماه حلال فاحرم) بعد الرمي (فوصل) السهم الى الصيد فقتله (فلا) يجب الجزاء لان
رميه وقع حال كونه حلالا وان وصل اليه السهم بعد احرامه (وان رمى من قضي عليه برجم)
اى اذا قضى القاضي برجم رجل فرما (رجل) فرجع شهوده (بعد الرمي) فوصل (بعد
رجوع الشهود لا يضمن) الرامي لما ان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها (ولو رمى مسلم
صيدا فتمجس) اى صار مجوسيا (فوصل حل) الصيد (وفي العكس) يعني لو رمى مجوسي
صيدا فاسلم فوصل (يحرم) لان المعتبر حالة الرمي وهو الاصل في مسائل هذا الباب وذلك

بالاتفاق وانما عدل ابو يوسف ومحمد عن ذلك فيما اذا رمى الى مسلم فارتد والعياذ بالله قبل الاصابة باعتبار انه صار مبرأ له بالردة على ما بيناه فى اول هذا الفصل كما فى المنح

﴿ كتاب الديات ﴾

وجه المناسبة فى ذكر الديات بعد الجنايات كون الدية احدى موجبى الجنايات المشروعتين للصيانة ولما كان القصاص اشد صيانة قدم موجبه * والديات جمع دية وهو مصدر ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذى هو بدل النفس * قال المولى المعروف بأخى چلبى ثم قيل لذلك المال دية تسمية بالمصدر وواوها محذوفة كذا فى المغرب (الدية المغلظة من الابل مائة ارباعا) يعنى الدية المغلظة فى شبه العمد تكون اربعة انواع بينها بقوله (بنات مخاض وبنات لبون وحقاق وجذاع) قد سبق تفسير الكل فى كتاب الزكوة (من كل) اى من كل واحدة منها (خمس وعشرون) فيكون جملتها مائة * هذا عند الشيخين (وعند محمد) وهو قول الشافعى (ثلاثون حقة وثلاثون جذعة واربعون ثنية) قد سبق تفسيرها * فى كتاب الزكاة (كلها) اى كل الثنيات (خلفات) بفتح الخاء المعجمة وكسر اللام والفاء جمع خلفة وهى الحامل من النوق فيكون قوله (فى بطونها اولادها) صفة كاشفة وفى غاية البيان ان تغليظ الدية مروى عن ابن مسعود وزيد بن ثابت وابى موسى الاشعرى رضى الله عنهم لكن اختلفوا فى كيفية التغليظ فعند الشيخين ما ذكر اولا وعند محمد والشافعى ما ذكر ثانيا لقوله عليه السلام * الا ان قتيل خطأ العمد بالسوط والعصى والحجر فيه دية مغلظة مائة من الابل منها اربعون فى بطونها اولادها * ولان دية شبه العمد اغلظ من دية الخطأ المحض ودليل الشيخين قوله عليه السلام * فى نفس المؤمن مائة من الابل ووجه الاستدلال به ان الثابت عنه عليه السلام هو هذا وما رواه محمد والشافعى غير ثابت لاختلاف الصحابة فى صفة التغليظ فان عمر وزيد بن ثابت والمغيرة بن شعبة قالوا مثل ما قالا وقال على تجب اثلاثا ثلاثة وثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة واربعة وثلاثون خلفة وقال ابن مسعود مثل ما قلنا ولا مدخل للرأى فى المقادير فكان كالمرفوع وصار معارضا لما رواه واذا تعارضا كان الاخذ بالادنى وهو المتيقن اولى وفى النهاية وذكر فى المبسوط ان الشيخين احتجا بحديث السائب بن يزيد * ان النبى عليه السلام قضى فى الدية بمائة من الابل ارباعا * ومعلوم انه لم يرد به الخطأ لانها فى الخطأ تجب اخماسا فعلم ان المراد به شبه العمد على انه قال عليه السلام * فى النفس المؤمنة مائة من الابل * والمراد ادنى ما يكون منه فكان ما قلناه اولى ولان الدية انما تجب عوضا والحامل لا يجوز ان تستحق بشئ من المعاوضات لوجهين احدهما ان صفة الحمل لا يمكن الوقوف على حقيقته والثانى ان الجنين من وجه كالمنفصل فيكون هذا فى معنى ايجاب الزائد على المائة عددا وبالاتفاق ليس التغليظ من حيث العدد بل من حيث السن ثم ان الديات تعتبر بالصدقات والشرع نهى من اخذ الحوامل فى الصدقات لانها كرائم اموال الناس فكذلك فى الديات (ولا تغليظ فى غير الابل) يعنى لا يزداد فى الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم او الف دينار (وهى) اى الدية المغلظة (فى شبه العمد) لما روى من الحديث وهو قوله عليه السلام * الا ان قتيل خطأ العمد بالسوط والعصى والحجر

فيه دية مغلظة *(و) الدية (المخففة) مبتدأ خبره قوله الف دينار (وهي) اى الدية المخففة (في الخطأ وما بعده) مما اجرى مجرى الخطأ والقتل بتسبب (من الذهب الف دينار) قيمة كل دينار عشرة دراهم * فقوله من الذهب حال من الف قدمت على صاحبها (ومن الورق) بفتح الواو وكسر الراء الفضة (عشرة آلاف درهم) وقال مالك والشافعي اثنى عشر الف درهم لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما ان رجلا قتل فجعل النبي عليه السلام ديته اثنى عشر الف درهم رواه ابو داود والترمذي * ولنا ما روى عن ابن عمر * ان النبي قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وما قلناه اولى للتيقن به لانه اقل ويحمل ما رواه على وزن خمسة وما رويناه على وزن ستة وهكذا كانت الدراهم من زمان النبي عليه السلام الى زمان عمر رضي الله عنه على ما حكاه الخبازي فانه قال كانت الدراهم على عهد رسول الله ثلاثة الواحد منها وزن عشرة اى العشرة منها وزن عشرة دنانير فيكون الواحدة قدر دينار والثاني وزن ستة اى عشرة منها وزن ستة دنانير والثالث وزن خمسة اى العشرة منها وزن خمسة دنانير فجمع عمر بين الثلاثة فخلطه فجعله ثلث درهم فصار ثلث المجموع وتمامه في التبيين فليراجع (ومن الابل مائة) قيمة كل ابل مائة درهم حال كونها (اخماسا ابن مخاض) ذكر (وبنت مخاض وبنت لبون وحقة وجذعة من كل) واحد منها (عشرون) لما روى ابن مسعود ان النبي عليه السلام قال في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض * رواه ابو داود والترمذي واحمد والشافعي اخذ بمذهبنا غير انه قال يجب عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض والحديث حجة عليه (ولا دية من غير هذه الاموال) اي من النقدين والابل عند الامام لان مالية الغير مجهولة فلا يجوز التقدير واما التقدير فمعروف بالآثار المشهورة (وقالا منها) اى من هذه الانواع (ومن البقر ايضا مائتا بقرة) قيمة كل بقرة خمسون (ومن الغنم الفا شاة) كل شاة خمس (ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) اى ازار ورداء قيمة كل حلة خمسون لان عمر هكذا جعل على اهل كل مال منها (وكفارة شبه العمد والخطأ) وما اجرى مجرى الخطأ (عتق) اى اعتاق (رقبة مؤمنة فان عجز) عن الاعتاق (فصيام شهرين متتابعين) لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين * وشبه العمد خطأ في حق القتل وان كان عمدا في حق الضرب فتناولهما الآية (ولا اطعام فيها) اى هذه الكفارة لعدم ورود النص به والمقادير لا تجب الا سماعا (وصح اعتاق رضيع احد ابويه مسلم) للكفارة لانه يكون مؤمنا بالتبعية لقوله عليه السلام * والولد يتبع خيرا لابوين دينا * ولا يقال كيف اكتفى هنا بالظاهر في سلامة اطرافه حتى اجازت التكفير به ولم يكتف بذلك في حق وجوب الضمان باتلاف اطرافه لانا نقول الحاجة في التكفير الى دفع الواجب والظاهر يصلح حجة للدفع والحاجة في الاتلاف الى الزام الضمان وهو لا يصلح حجة فيه ولانه يظهر حال الاطراف فيما بعد التكفير اذا عاش ولا كذلك في الاطراف فافترقا (لا) اعتاق (الجنين) لانه لم تعرف حياته ولا سلامته بعد (و) الدية (للمرأة في النفس وما دونها نصف ما للرجل) روى ذلك من علي موقوفا ومرفوعا

وقال الشافعي لا ينتصف الثلث ومادونه يعني اذا كان الارش بقدر ثلث الدية اودون ذلك فالمرأة والرجل فيه سواء وان زاد على الثلث فحالها فيه على النصف من حال الرجل (و) يجب (للذمي مثل ما للمسلم) في النفس والاطراف عندنا لقوله عليه السلام * دية كل ذي عهد في عهده الف دينار * ولتساويهما في الحياة والعصمة وكذا حكم المستأمن لما روى انه عليه السلام جعل ديته كالذمي * وعند الشافعي دية الكتابي دية ثلث المسلم وهي اربعة آلاف درهم اذ دية المسلم عنده اثنى عشر الف درهم كما ذكر * ودية المجوسي ثلث خمس دية المسلم وهو ثمانمائة درهم وعند مالك دية الكتابي نصف دية المسلم وهو ستة آلاف درهم اذ دية المسلم عنده ايضا اثنى عشر الف درهم

﴿ فصل ﴾

(في النفس الدية) انما ذكر دية النفس في اول هذا الفصل مع انه معقود لبيان احكام الدية فيما هو تبع لها وهو الاطراف تمهيدا لذكر مابعده وتبركا بلفظ الحديث وهو قوله عليه السلام * في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية * فلهذا قال (وكذا في المارن) وهو مارن الانف الدية (و) كذا (في اللسان) الدية (ان منع النطق) لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا امتنع من الكلام ولو قدر على التكلم ببعض الحروف دون البعض تقسم الدية على عدد الحروف * وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان وهي ستة عشر حرفا التاء والثاء والجيم والدال والراء والزاء والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون والياء فما اصاب الفائت يلزمه * وقيل ان قدر على اداء اكثر الحروف تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلاف وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل منه الافهام واختاره المصنف ولهذا قال (او) منع (اداء اكثر الحروف) لتفويت منفعة الافهام (وفي الصلب) الدية (ان منع الجماع) وقطع الماء (وفي الافضاء) الدية (اذا منع استمساك البول) لانه من جنس المنافع (وفي الذكر) الدية لان فيه تفويت المنفعة وهي الوطئ والايلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وفي البزازية وان قطع الذكر من اصله ان خطأ فدية وان عمدا اختلف اصحابنا وفي المنتقى لا قصاص فيه قالوا وهو قول محمد وعن الثاني ان في الحشفة القصاص واذا قطع بعضها فلا قصاص (وفي حشفته) اي حشفة الذكر الدية لانها اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع لها (وفي العقل) الدية اذا ذهب بالضرب لفوات منفعة الادراك لان الانسان بالعقل يمتاز عن غيره من الحيوان وبه ينتفع في معاشه ومعاده (وفي السمع وفي البصر وفي الشم وفي الذوق) يعني في كل منها الدية كاملة لان لكل واحد منها منفعة مقصودة وقد روى ان عمر رضي الله عنه قضى لرجل على رجل باربع ديات بضربة واحدة وقعت على رأسه فذهب عقله وسمعه وبصره وكلامه * وقال ابو يوسف لا يعرف الذهاب والقول قول الجاني لانه منكر فلا يلزمه شئ الا اذا صدقه او نكل عن اليمين وقيل ذهاب البصر يعرفه الاطباء فيكون قول رجلين منهم عدلين حجة فيه * وقيل يستقبل به الشمس مفتوح العين فاذا دمعت عينه علم انها باقية والا فلا وقيل يلقى بين يديه

حية فان هرب منها علم انها لم يذهب وان لم يهرب فهى ذاهبة وطريق معرفة ذهاب السمع ان يغافل ثم ينادى فان اجاب علم انه لم يذهب وان لم يجب فهو ذاهب وروى عن اسماعيل بن حماد ان امرأة ادعت انها لاتسمع وتطارشت فى مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها فجأة غطى عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها فظهر كذبها (وفى اللحية ان لم تنبت) الدية (و) كذلك (فى شعر الرأس) الدية ان لم ينبت يعنى اذا حلق اللحية او الرأس ولم ينبت الشعر فتجب الدية فى كل واحد منهما لانه ازال جمالا على الكمال وقال مالك والشافعى لاتجب فيه الدية وتجب حكومة عدل لان ذلك زيادة فى الآدمى ولهذا ينمو بعد كمال الخلق ولهذا يحلق الرأس واللحية فى بعض البلاد فلا تتعلق بهما الدية كشعر الصدر والساق اذ لاتتعلق به منفعة ولنا قول على رضى الله عنه «فى الرأس اذا حلق ولم ينبت الدية كاملة» والموقوف فى مثل هذا كالمرفوع لانه من المقادير فلا يهتدى اليه بالرأى واما لحية العبد فقد روى الحسن عن الامام انه يجب فيه كمال القيمة فلا يلزمنا والجواب ان المقصود من العبد الاستخدام دون الجمال وهو لايفوت بالحلق بخلاف الحر لان المقصود منه فى حقه الجمال فيجب بفواته كمال الدية وفى الشارب حكومة عدل وانما وجب فيه حكومة عدل لانه تابع للحية وهذا التعليل اشارة الى ان الواجب فى بعض اللحية حكومة عدل اذا كان دون النصف اما اذا كان النصف فالواجب به نصف الدية كما فى البزازية وذكر الفضلى نتف لحيته ينظر الى الذاهب والى الباقى فيجب بحسابه واذا نبت بعض اللحية فحكومة عدل انتهى (وكذا الحاجبان) يجب فيهما الدية وفى احدهما نصف الدية خلافا للشافعى ومالك فانه يجب عندهما حكومة عدل (و) كذا (الاهداب) لانه يفوت بها الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهو دفع القذى من العينين (وفى العينين) الدية لان جنس المنفعة يفوت بفواتهما (وفى الاذنين وفى الشفتين وفى ثديى المرأة) انما قيد بثديى المرأة لان فيه تفويت منفعة الارضاع بخلاف ثديى الرجل لانه ليس فيه تفويت منفعة ولا الجمال على الكمال فيجب فيه حكومة عدل وفى حلمتى المرأة كمال الدية وفى احديهما نصف الدية (وفى اليدين وفى الرجلين وفى اشفار العينين) جمع شفر وهو منبت الاهداب من طرف الجفن اخذ من شفير الوادى وانما وجبت الدية فيما ذكر لفوات الجمال والمنفعة (وفى كل واحد مما هو اثنان فى البدن) كالاذن والشفة واليد والرجل مثلا (نصف الدية) لان النبى عليه السلام كتب لعمرو بن حزم «و فى العينين كل الدية وفى احدهما نصف الدية» ولان فى تفويت الاثنين تفويت جنس المنفعة وكمال الجمال فيجب كل الدية وفى تفويت احديهما تفويت النصف فيجب نصف الدية (و) فى كل واحد (مما هو اربعة) من البدن (ربعها) اى ربع الدية كالاشفار (وفى كل اصبع من يد او رجل عشرها) لقوله عليه السلام «فى كل اصبع عشر من الابل» (وفى كل مفصل منها) اى من الاصابع (مما فيه مفصلان) كالابهام (نصف عشرها) اى نصف عشر الدية (ومما فيه ثلاثة مفاصل) كباقى الاصابع فى كل مفصل (ثلثه) اى ثلث عشر

الدية تنقسم عشر الدية على المفاصل كانقسام دية اليد على الاصابع (وفى كل سن نصف عشرها) وهو خمس من الابل لقوله عليه السلام «وفى كل سن خمس من الابل ومن الدراهم خمسمائة درهم» (وكل عضو ذهب نفعه ففيه) اى فى ذلك العضو (دية وان كان قائما كيد شلت وعين ذهب ضوؤها) بالضرب لان وجوب الدية يتعلق بتفويت جنس المنفعة ولا عبرة للصورة بلا منفعة لكونها تابعة فلا يكون لها حصة من الارش الا اذا تجردت عن المنفعة قبل الاتلاف كاتلاف اليد التى خلت عن البطش ففيها حكومة عدل ان لم يكن فيه جمال كاليد الشلاء وارشه كاملا ان كان فيه جمال كالاذن الشاخصة كذا فى التبيين

﴿ فصل ﴾

(لاقود فى الشجاج) فصل احكام الشجاج بفصل على حدة لتكاثر مسائل الشجاج اسما وحكما وانما لم يجب القود فيه لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيه لان مادون الموضحة ليس له حد ينتهى اليه السكين وما فوقها كسر العظم ولا قصاص فيه لقوله عليه السلام «لا قصاص فى العظم» هذه رواية الحسن عن الامام وفى ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دون الموضحة (الا فى الموضحة ان كانت عمدا) بالاتفاق لما روى «انه عليه السلام قضى بالقصاص فى الموضحة» ولانه يمكن ان ينتهى السكين الى العظم ولانه يمكن ان يسبر غورها بالسبار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتساويان فيتحقق القصاص (وفيها) اى فى الموضحة خطأ (نصف عشر الدية) لما روى فى كتاب عمرو بن حزم ان النبى عليه السلام قال فى الموضحة خمس من الابل (وهى) اى الموضحة الشجة (التى توضح العظم) اى تبينه (وفى الهاشمة) خبر مقدم للمبتدأ الآتى وهو قوله عشرها (وهى) اى الهاشمة الشجة (التى تهشم العظم) اى تكسرها (عشرها) اى عشر الدية لقوله عليه السلام «وفى الهاشمة عشر من الابل» (وفى المنقلة وهى التى تنقل العظم) اى تحوله بعد الكسر (عشرها) اى عشر الدية (ونصفه) اى نصف عشرها فيكون خمسة عشر من الابل لقوله عليه السلام «وفى المنقلة خمسة عشر من الابل» (وفى الآمة وهى) الشجة (التى تصل الى ام الدماغ) وهى الجلدة الرقيقة التى تجمع الدماغ (ثلثها) اى ثلث الدية لما روى انه عليه السلام قال «وفى الآمة» ويروى «وفى المأمومة ثلث الدية» (وكذا فى الجائفة) اى يجب ثلث الدية فى الجائفة ايضا وهى الجراحة التى تصل الى الجوف (فان نفذت) اى الجائفة الى الجانب الآخر (فهما جائفتان ويجب ثلثاها) اى ثلثا الدية لما روى عن ابى بكر الصديق رضى الله عنه «انه حكم فى جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثى الدية» ولانها اذا نفذت صارت جائفتين فيجب فى كل واحدة منهما الثلث (وفى كل من الحارصة) بالحاء والراء والصاد المهملات (وهى التى تشق الجلد) ولا تخرج الدم (والدامعة) بالعين المهملة (وهى التى تخرج منه) اى من المجروح (دما يشبه الدمع) يعنى تظهر الدم ولا تسيله بل يجمع فى موضع الجراحة كالدمع فى العين (والدامية وهى التى تسيل الدم) وفى القهستانى نقلا عن الذخيرة الدامعة على ما ذكره الطحاوى شجة تسيل الدم وعلى ما ذكره شيخ الاسلام ما يسيله اكثر مما يكون فى الدامية فالدامية على ما ذكره ما يدمى الجلد سواء كان سائلا او غير سائل وعلى ما ذكره

(الطحاوى)

الطحاوى مايدميه ولايسيله وفى الظهيرية هى مايدميه من غير ان يسيله وهو الصحيح والدامعة مايسيله كدمع العين (والباضعة) بالضاد المعجمة والعين المهملة (وهى التى تبضع الجلد) اى تقطعه مأخوذ من البضع وهو القطع (والمتلاحمة وهى التى تأخذ فى اللحم) وتقطعه بعد قطع الجلد من تلاحم اى التأم وتلاصق سميت بذلك تفاؤلا كما سمى اللديغ سليما (والسمحاق) بكسر السين المهملة وسكون الميم والحاء المهملة (وهى جلدة) رقيقة (فوق العظم) تحت اللحم (تصل اليها) اى الى تلك الجلدة الرقيقة (الشجة حكومة عدل) بالاجماع مبتدأ مؤخر خبره ماتقدم من قوله وفى كل من الحارصة الى آخر ماذكر وسيأتى تفسير حكومة عدل وانما وجبت لانه ليس فى كل منها ارش مقدر شرعا ولايمكن الاهدار فوجب الاعتبار بحكم العدل وهو مأثور عن ابراهيم النخعى وعمر بن عبد العزيز (وعن محمد فيها) اى فيما ذكر من انواع الشجاج (القصاص) اذا كان عمدا (كالموضحة) وقد تقدم انها ظاهر الرواية فى اول الفصل (والشجاج يختص بالوجه والرأس والجائفة بالجوف والجنب والظهر) وماكان فى غيرهما يسمى جراحة لان الوارد فيما يختص بالوجه والرأس والجوف والجنب والظهر ولانه انما ورد الحكم لمعنى الشين وهو فى الرأس والوجه ولهذا قال (وماسوى ذلك) اى مافى الوجه والرأس والجوف والجنب والظهر (جراحات) وفى الهداية واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك حتى لو وجد فيهما مافيه ارش مقدر لايجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولامواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق معنى المواجهة ايضا (وفيها) اى فى الجراحات (حكومة عدل * وهى) اى حكومة العدل على ماقاله الطحاوى (ان يقوم المجروح (عبدا بلا هذا الاثر ومعه) اى مع هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت مابين القيمتين (فما نقص من قيمته وجب بنسبته من ديته) مثلا يفرض ان هذا الحر عبد وقيمته بلا هذا الاثر الف درهم ومع ذلك الاثر تسعمائة فالتفاوت بينهما مائة درهم وهو عشر الالف فيؤخذ هذا التفاوت من الدية وهى عشرة آلاف درهم فعشره الف درهم فهو حكومة عدل و(به يفتى) اى بماذكر من هذا التفسير لحكومة العدل وقيد يفتى احترازا عماذكره الكرخى وهو ان ينظر مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان مالانص فيه يرد الى المنصوص عليه * قيل قول الكرخى صحيح ماقاله الطحاوى لان عليا رضى الله عنه * اعتبر بهذا الطريق فيمن قطع طرف سنه * (وفى) قطع (اصابع اليد) الواحدة (وحدها او مع الكف نصف الدية) لان الارش لايزيد بسبب الكف لانها تابعة بل الواجب فى كل اصبع عشر من الابل فيكون فى الخمس خمسون وهو نصف الدية (و) فى قطع الاصابع (مع نصف الساعد نصف الدية وحكومة عدل) وهو رواية عن ابى يوسف * وعنه ان مازاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب فى اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزيد على تقدير الشرع * ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق

بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا فى حق التضمين ولانه لاوجه لان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع كافى الهداية (و) فى قطع (كف فيها اصبع عشر الدية وان) كان (فيها اصبعان خمسها ولا شئ فى الكف) وهذا عند الامام لان الاصابع اصل حقيقة لان منفعة اليد وهى القبض والبسط والبطش قائمة بها وكذا حكما لانه عليه السلام جعل الدية بمقابلة الاصابع حيث اوجب فى اليد نصف الدية وجعل فى كل اصبع عشرا من الابل ومن ضرورته ان يكون كلها بمقابلة اصابع كل الكف والاصل اولى بالاعتبار وان قل ولا يظهر التابع بمقابلة الاصل فلا يعارض حتى يصار الى الترجيح بالكثرة وائن تعارضا فالترجيح بالاصل حقيقة وحكما اولى من الترجيح بالكثرة (وعندهما يجب الاكثر من ارش الكف ودية الاصبع اوالاصبعين ويدخل الاقل فيه) اى فى الاكثر لانه لاوجه للجمع بين الارشين لان الكل شئ واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد اصل من وجه فرجحنا بالكثرة (وان) كان (فيها) اى فى الكف (ثلاث اصابع فدية الاصابع) ولا شئ فى الكف اجماعا لان الاصابع اصول وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة (وهى) اى دية هذه الاصابع الثلاثة (ثلاثة اعشار) الدية (اجماعا) يعنى لزوم دية الاصابع متفق عليه كما ان الاول مختلف فيه (وفى الاصبع الزائدة حكومة) اى حكومة عدل تشريفا للآدمى لانها جزء للادمى * ولكن لا منفعة فيها ولا زينة (وكذا) اى يلزم (فى الشارب) حكومة عدل فى الصحيح لانه تابع للحية فصار طرفا من اطراف اللحية (ولحية الكوسج) اى يلزم فيها حكومة عدل قال الزيلعى بخلاف لحية الكوسج حيث لا يجب فيها شئ لان اللحية لا يبقى فيها اثر الحلق فلا يلحقها الشين بالحلق بل ببقاء الشعرات يلحقه ذلك فيكون نظير من قلم ظفر غيره بغير اذنه (و) يجب فى (ثدى الرجل) حكومة عدل (و) كذا (فى ذكر الخصى والعنين ولسان الاخرس واليد الشلاء والعين العوراء والرجل العرجاء والسن السوداء) فانه لا يجب فى هذه الاشياء الدية لعدم فوات جنس المنفعة وعدم جمال السن السوداء ولكن يجب فيها حكومة العدل تشريفا للآدمى لانها اجزاء منه وقال الشافعى يجب دية كاملة فى ذكر الخصى والعنين لقوله عليه السلام * وفى الذكر الدية * من غير فصل ولنا ان المنفعة هى الايلاج والانزال والاحبال هى المعتبرة من هذا العضو فاذا اعدمت لا يجب فيها الدية كالعين القائمة بلا ضوء واليد الشلاء (وكذا) يجب حكومة عدل (فى عين الطفل ولسانه وذكره اذا لم تعلم صحة ذلك) اى صحة كل منها (بما يدل على ابصاره وتحرك ذكره وكلامه) لان المقصود من هذه الاشياء المنفعة فاذا لم تعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبى لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت وان علمت الصحة فيه بما ذكره فحكمه حكم البالغ فى العمد والخطأ (وان شج) رجل (رجلا) موضحة (فذهب عقله اوشعر رأسه) ولم ينبت (دخل ارش الموضحة

(فى الدية) لان فوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء اذ لا ينتفع بدونه فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر وقد تعلقا جميعا بسبب واحد وهو فوات الشعر فيدخل الجزء فى الكل كمن قطع اصبع رجل فشلت به يده كلها (وان ذهب سمعه او بصره او كلامه لا يدخل) ارش الموضحة فى الدية لان كلا منها جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء كما مر هذا عند الطرفين وعند ابى يوسف ان الشجة تدخل فى دية السمع والنطق ولا تدخل فى دية البصر* قيل هذا اذا كان خطأ اما اذا شج رجلا موضحة عمدا فذهب من ذلك سمعه وبصره فلا قصاص فى شئ من ذلك عند الامام ولكن يجب ارش الموضحة ودية السمع والبصر وعندهما يجب القصاص فى الشجة وتجب الدية فى السمع والبصر (وان ذهب بها) اى بالموضحة (عيناه فلا قصاص ويجب ارشها) اى ارش الشجة (وارش العينين) عند الامام (وعندهما) يجب (القصاص فى الموضحة والدية فى العينين) والاصل فى ذلك عنده ان الفعل اذا اوجب مالا فى البعض سقط القصاص سواء كان عضوين او عضوا او احدا وعندهما فى العضوين يجب القصاص مع وجوب المال وان كان عضوا واحدا لا يجب (ولا قصاص فى اصبع قطعت فشلت اخرى) جنبها بل يجب الارش عند الامام لان القصاص غير واجب لعدم المماثلة لان قطع الثانى على وجه يوجب مثل الاخرى غير ممكن (وعندهما) وهو قول زفر والحسن (يقتص فى المقطوعة وتجب الدية فى الاخرى) التى شلت لان القصاص واجب بالنصوص (ولو قطع مفصلها) اى مفصل الاصبع (الاعلى فشل ما بقى) من المفاصل كما فى الرمز شرح الكنز* وقول صاحب الهداية وغيره فشلت ما بقى من الاصبع محل تأمل تدبر (فلا قصاص بل الدية فيما قطع وحكومة) اى حكومة عدل (فيما شل) وانما وجبت الدية لانه مقدر شرعا وتلزم الحكومة فيما بقى لانتفاء تقدير الشرع فيه (ولا) قصاص (لو كسر نصف سن فاسود باقيها بل) تجب (دية السن كلها وكذا لو احمر) باقيها (او اخضر او اصفر) الاصل فى هذا عنده ان الفعل الواحد اذا اوجب مالا فى البعض سقط القصاص سواء كانا عضوين او عضوا واحدا (ولو اسودت كلها بضربة وهى) اى السن (قائمة فالدية فى الخطأ على العاقلة وفى العمد فى ماله) ولا يجب القصاص لانه لا يمكن للمجنى عليه ان يضربه ضربا يسوده بل يجب الارش فى الخطأ على العاقلة وفى العمد فى ماله (ولو قلعت سن رجل فنبت مكانها اخرى سقط ارشها) عند الامام لان الجناية قد زالت معنى لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها اخرى فلم تفت المنفعة به ولا الزينة (خلافا لهما) لان الجناية قد تحققت والحادثة نعمة مبتدأة من الله تعالى فصار كما لو تلف مال انسان فحصل للتلف عليه مال آخر (وفى سن الصبى يسقط اجماعا) لان سن الصبى لا تتقرر فى مكانها فوجودها كعدمها فلم يعد قلعها جناية وعن ابى يوسف انه تجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل (وان اعاد الرجل سنه المقلوعة الى مكانها) اى السن (فنبت عليها اللحم

لايسقط ارشها اجماعا)* وعلى القالع كمال الارش لان هذا لايعتد به اذ العروق لاتعود وقال شيخ الاسلام هذا اذا لم تعد الى حالها الاولى بعد النبات فى المنفعة والجمال واما اذا عادت فلاشئ عليه (وكذا لو قطع اذنه فالصقها فالتحمت) يعنى يجب على القالع ارشها لانها لاتعود الى ماكانت عليه (ومن قلعت سنه فاقتص من قالعها ثم نبت) اى نبت مكانها اخرى (فعليه دية سن المقتص منه) لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها اخرى فانعدمت الجناية (ويستأنى فى اقتصاص السن و) اقتصاص (الموضحة حولا) الاستئنان الانتظار كما فى المغرب (وكذا لو ضرب سنه فتحركت فلو اجله القاضى فجاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا فى سبب سقوطها فان قبل مضى السنة فالقول للمضروب وان بعد مضيها ف) القول (للضارب) وفى المنح ضرب سن انسان فتحركت يستأنى حولا ليظهر اثر فعله ولو سقطت سنه واختلفا قبل الحول فالقول للمضروب ليفيد التأجيل بخلاف ما اذا شجه موضحة ثم جاء وقد صارت منقلة حيث يكون القول للضارب لان الموضحة لاتورث المنقلة والتحريك يورث السقوط ولو اختلفا بعد الحلول كان القول للضارب لانه منكر وقد مضى الاجل الذى ضرب للسن ولم تسقط فلاشئ على الضارب ولو اسودت بالضرب او احمرت او اخضرت يجب الارش كله لذهاب الجمال ولا يجب القصاص لما قلنا فاوجب فى الاسوداد ونحوه كمال الارش ولم يفرق بين سن وسن وقالوا ينبغى ان يفصل بين الاضراس وبين العوارض التى ترى فيجب فى الاول حكومة عدل اذا لم يفوت به منفعة المضغ وان فات يجب الارش كله كيف ما كان لفوات الجمال وان اصفرت يجب فيها حكومة عدل وقال زفر يجب فيها ارش السن كاملا لان الصفرة تؤثر فى تفويت الجمال كالسواد ولنا ان الصفرة لاتوجب تفويت الجمال ولا تفويت المنفعة فان الصفرة لون السن فى بعض الناس ولا كذلك السواد والحمرة والخضرة (ولو شج رجلا فالتحمت ونبت الشعر ولم يبق لها اثر يسقط الارش) عند الامام (وعند ابى يوسف يجب ارش الالم وهو حكومة عدل) لان الشئ الموجب ان زال فالالم الحاصل لم يزل (وعند محمد) عليه (اجرة الطبيب) لان ذلك لزمه بفعله وكأنه اخذ ذلك من ماله واعطاه للطبيب وفسر فى شرح الطحاوى قول ابى يوسف عليه الارش باجرة الطبيب والمداواة فعلى هذا الاختلاف بين ابى يوسف ومحمد* وللامام ان الموجب الاصلى هو الشين الذى يلحقه بفعله وزوال منفعته وقد زال ذلك بزوال اثره والمنافع لاتتقوم الا بالعقد كالاجارة والمضاربة الصحيحتين او شبه العقد كالفاسد منهما ولم يوجد شئ من ذلك فى حق الجانى فلا تلزمه الغرامة وكذا مجرد الالم لايوجب شيأ لانه لاقيمة له (وكذا لو جرحه بضرب فزال اثره) فهو على الاختلاف المذكور فى سقوط الارش عند الامام ووجوب الارش عند ابى يوسف ووجوب اجرة الطبيب عند محمد (وان بقى) اثره (فحكومة عدل بالاجماع) وقيد المسئلة بقوله لو جرحه لانه اذا ضربه ولم يجرح فى الابتداء اولا يجب شئ بالاتفاق كذا فى النهاية (ولا يقتص لجرح او طرف او موضحة الا بعد البرء) وقال الشافعى يقتص منه

في الحال لان الموجب قد تحقق فلا يؤخر كما في القصاص في النفس ولنا ماروى عنه عليه السلام * انه نهى ان يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه* رواه احمد والدار قطني ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لاحتمال ان تسرى الى النفس فيظهر انه قتل فلا يعلم انه جرح الا بالبرء (وكل عمد سقط فيه القود لشبهة كقتل الاب ابنه فالدية فيه في مال القاتل) لماروى عن ابي عباس رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا *لايعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا *(وعمد الصبي والمجنون خطأ وديته على عاقلته ولا كفارة فيه ولا حرمان ارث) وذلك عندنا لعدم القصد الصحيح ولماروى ان مجنونا صال على رجل بسيف فضربه فرفع ذلك الى على رضي الله عنه فجعل عقله على عاقلته بمحضر من الصحابة وقال عمده وخطأه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والقاتل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي هو اعذر اولى بهذا التخفيف ولانسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولاذنب تستره لانهما مرفوعا القلم كما في الهداية (والمعتوه كالمجنون) في لزوم الدية على عاقلته وعدم لزوم الكفارة وعدم الحرمان عن الارث

فصل

في الجنين (ومن ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا فعلى عاقلته غرة وهي خمسمائة درهم) وانما سميت الغرة غرة لانها اقل المقادير في الديات واقل الشئ اوله في الوجود ولهذا يسمى اول الشهر غرة لانه اول شئ يظهر منه كما في التبيين وجبت فيه الغرة خمسمائة درهم سواء كان ذكرا او انثى وهو نصف عشر دية الرجل وعشر دية المرأة والقياس ان لايجب شئ في الجنين لانه لا يتيقن بحياته وانما وجب استحسانا لماروى ان النبي عليه السلام قال* في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة درهم *ويروى* او خمسمائة* فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي وهي على العاقلة عندنا وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا* انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة * ولانه بدل النفس ولهذا سماه النبي عليه السلام دية حيث قال * دوه* وقالوا * اندى من لاصاح ولا استهل* الحديث الا ان العواقل لاتعقل مادون خمسمائة درهم ويجب في السنة وقال الشافعي في ثلاث سنين (فان القته) اي الجنين (حيا فمات فدية) اي فعليه الدية الكاملة لانه اتلف حيا بالضرب السابق (وان) القت (ميتا) سواء كان الجنين ذكرا او انثى (فماتت الام فغرة) للجنين (ودية) للام لانه جنى جنايتين فيجب عليه موجبهما فصار كما اذا رمى شخصا ونفذ منه الى آخر فقتله فانه يجب عليه ديتان ان كان خطأ وان كان عمدا يجب القصاص والدية كما في التبيين (وان ماتت) الام (فالقته) اي الجنين (حيا فمات) الجنين (فديتها) اي تجب دية الام (وديته) اي دية الجنين لانه قاتل شخصين (وان) ماتت الام بالضرب ثم القت الجنين (ميتا فديتها) اي دية الام (فقط) ولا شئ في الجنين وقال الشافعي تجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك (ومايجب في الجنين يورث عنه) لانه بدل نفسه (ولا يورث منه الضارب) لكونه قاتلا

مباشراظلما ولاميراث للقاتل بهذه الصفة (وفي جنين الامة نصف عشر قيمته) اى الرقيق (لوذكراً وعشر قيمته لو) كان (انثى) وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها بالاجماع وهو الغرة * ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لايجب الاعند ظهور النقصان في الاصل ولامعتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفس الجنين فيقدر بم (وعند ابي يوسف ان نقصت الام ضمن نقصانها والافلا ضمان) اى قال ابو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام بالقائها الجنين اعتبار ابجنين البهائم لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده فجاز الاعتبار على اصله (فان ضربت) اى الامة (فحرر سيدها حملها فالقته حيا فمات تجب قيمته) حيا (لاديته) لان الحكم يترتب على سببه فسبب القتل هنا الضرب السابق فحمل عليه فلزمته قيمته حيا اذ السبب وقع في حالة الرق وقدمر ان العبرة بحالة الرمى لا الوصول فلا تجب الدية (ولا كفارة في) اتلاف (الجنين) لان الشرع انما ورد بايجاب الكفارة في النفوس المطلقة وهو جزء من وجه فلم يكن مورد النص ولا في معناه من كل وجه ولذا لم تجب فيه دية كاملة وان تبرع بها احتياطا فهو افضل لارتكابه محظورا * وقال الشافعي تجب الكفارة لانه نفس من وجه فاتلاف النفس توجب الكفارة لما فيها من معنى العبادة والاستغفار مما صنع (و) الجنين (المستبين بعض خلقه كتام الخلق) اى الجنين الذى استبان بعض خلقه كالجنين التام في جميع ماذكر من الاحكام (وان شربت دواء اوعالجت فرجها لطرح جنينها) حتى طرحته (فالغرة على عاقلتها ان فعلت بلا اذن ابيه) لانها اتلفته متعدية فيجب عليها ضمانه وتحمل عنها العاقلة (وان) فعلت ذلك (باذنه فلا) تضمن الغرة عاقلتها اذ لم يوجد منها التعدى بسبب استئذانها والله اعلم

باب ما يحدث في الطريق

لما فرغ من احكام القتل مباشرة عقبه بذكر احكامه تسببا والاول اولى بالتقديم لانه قتل بلا واسطة ولكثرة وقوعه (من احدث في طريق العامة كنيفا او ميزابا او جرصنا) الجرصن قيل هو البرج * وقيل جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبنى عليه * وقيل هو مجرى ماء يركب في الحائط وهو بضم الجيم وسكون الراء المهملة وضم الصاد المهملة (او دكانا وسعه ذلك ان لم يضربهم) اى بالعامة لان الطريق معد للتطرق فله الانتفاع مالم تتضرر العامة به * وانما قيد بذلك لقوله عليه السلام لاضرر ولاضرار في الاسلام فما تحقق فيه الضرر يأثم * باحداثه (ولكل منهم) اى من العامة (نزعه) ومطالبته بالنقض لان كل واحد منهم له حق فيه بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيأ * هذا اذا بنى لنفسه * واما اذا بنى للمسلمين فلا ينقض كذا روى عن محمد * وتفصيل الكلام في هذا المقام انه هل يحل له احداثه في الطريق ام لا وهل لاحد الخصومة في منعه من الاحداث فيه ورفعه بعده وهل يضمن فيما تلف بسبب الاحداث * اما الاحداث فقال شمس الائمة ان كان الاحداث يضر باهل الطريق فليس له ذلك وان كان لايضر باحد لسعة الطريق جاز له احداثه فيه وعلى هذا القعود في الطريق للبيع والشراء يجوز ان لم يضر باحد وان اضر لم يجز * واما

(الخصومة)

الخصومة فيه فقال الامام لكل احد مسلما كان اوذميا ان يمنعه من الوضع وان يكلفه الرفع اضر اولم يضر ان كان الوضع بغير اذن الامام لان التدبير فى امور العامة مفوض الى رأى الامام وعن ابى يوسف لكل احدان يمنعه من الوضع قبل الوضع وليس له ان يكلفه الرفع بعد الوضع وعن محمد ليس لاحد ان يمنعه قبل الوضع ولا بعده اذا لم يكن فيه ضرر بالناس لانه مأذون له فى احداثه شرعا واما الضمان بالاتلاف فسيأتى تفصيله مشروحا (وفى الطريق الخاص لا يسعه بلا اذن الشركاء وان لم يضر) لانه مملوك لهم * ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم اولم يضر الا باذنهم * بخلاف العام فانه ليس لاحد فيه ملك فيجوز له الانتفاع مالم يضر باحد (وعلى عاقلته دية من مات بسقوطها فيهما) كما لو حفر بئرا فى طريق خاص اوعام اووضع حجرا فيه فتلف به انسان فتجب على العاقلة ديته لانه متسبب لهلاكه متعد فى احداثه (وكذا لو عثر بنقضه انسان) فتجب الدية على العاقلة لما ذكر من التسبب (وان وقع العاثر على آخر فماتا فالضمان على من احدثه) يعنى اذا مات العاثر والآخر الذى مات بوقوعه عليهما فضمان ديتهما على المحدث فى الطريق مابه الاتلاف لانه بمنزلة الدافع فكان دفعه بيده على غيره ولا ضمان على الذى عثر لانه مدفوع فى هذه الحالة وكان كالآلة (وان اصابه طرف الميزاب الذى فى الحائط فلا ضمان وان) اصابه (طرف الخارج ضمن) يعنى اذا سقط عليه طرف الميزاب فقتله ينظر * ان كان ذلك الطرف متمكنا فى الحائط فلا ضمان على صاحب الميزاب لانه غير متعد فيه لما انه وضعه فى ملكه * وان كان الذى اصابه هو الطرف الخارج من الحائط ضمن الذى وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكن ان يركبه فى الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم من الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة * ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان فانه يضمن النصف اعتبارا للاحوال لانه يضمن فى حال ولا يضمن فى حال فيتوزع الضمان على الاحوال لان فيه النظر من الجانبين (كمن حفر بئرا اووضع حجرا فى الطريق فتلف به انسان) قوله * فى الطريق * متعلق بحفر ووضع على التنازع * وقوله فتلف به انسان اى يضمن الدية عاقلته يعنى كما ان من حفر بئرا اووضع حجرا فى طريق فتلف به انسان تكون ديته على عاقلة الحافر او الواضع * فكذا تجب الدية على عاقلة من تسبب لتلف انسان بسقوط ما احدث من الكنيف والميزاب والجرصن والدكان (وان تلف به بهيمة فضمانها فى ماله) اى اذا تلف بالحجر او الوضع او السقوط بهيمة فضمان تلك البهيمة فى مال المتسبب بما ذكر * اما الضمان فلانه متعد فيه فيضمن * واما عدم تضمين العاقلة فلان العاقلة لا تحمل ضمان المال وانما تحمل ضمان النفس (والقاء التراب واتخاذ الطين) فى الطريق (كوضع الحجر) فى وجوب الضمان * لان كل ذلك تسبب بنوع من التعدى (وهذا) اى وجوب الضمان (اذا فعله) اى جميع ماذكر (بلا اذن الامام) فانه يضمن لوجود التعدى (فان فعل شيأ من ذلك باذنه) اى الامام (فلا ضمان) لانه غير متعد حيث فعل مافعل بامر من له الولاية فى حقوق العامة * وان كان بغير امره فهو متعد * اما بالتصرف

فى حق غيره او بالافتيات على رأى الامام كما فى الهداية والافتيات الاستبداد بالرأى كما فى المغرب وكذا لو حفر فى ملكه لم يضمن لانه غير متعد وكذلك اذا حفر فى فناء داره لان له ذلك لمصلحة داره والفناء فى تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له اذا كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد (ولو مات الواقع فى البئر جوعا او غما فلا ضمان على حافره وان) وصلية حفر (بلا اذن) الامام لانه مات بفعل نفسه وهو الجوع والغم والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع (وعند محمد عليه الضمان) فى الوجوه كلها لان ذلك حصل بسبب الوقوع فى البئر ولولا ذلك لما مات جوعا ولا غما (و كذا عند ابى يوسف) عليه الضمان (فى الغم لا فى الجوع) لانه لا سبب للغم سوى الوقوع فيه واما الجوع والعطش فلا يختصان بالبئر (وان وضع حجرا فنحاه آخر فضمان ما تلف به على الثانى) لان فعل الاول قد نسخ فكان الضمان على الذى نحاه لفراغ ماشغله وانما اشتغل بفعل الثانى موضع آخر (ولو اشرع) اى اخرج (جناحا) الى الطريق قال صاحب القاموس الجناح الروشن ثم قال الروشن الكوة وقال فى المغرب الروشن الممر على العلو وقال صاحب الكفاية الروشن هو الخشبة الموضوعة على جدار السطحين يتمكن من المرور وقال صدر الشريعه اشراع الجناح اخراج الجذوع الى الطريق وهو المناسب ان يراد هنا (فى دار ثم باعها) اى الدار (فضمان ما تلف به) اى بالجناح (عليه) اى على البائع لان فعله هو الاشراع لم ينفسخ بزوال ملكه عنه (و كذا لو وضع خشبه فى الطريق ثم باعها) اى الخشبه (وبرئ) البائع (الى المشترى) متعلق ببرئ على تضمين معنى الانتهاء كما فى احمد الله اليك (منها) اى من الخشبة (فتركها) اى الخشبة (المشترى فضمان ماتلف بها) اى بالخشبة (على البائع) لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو اعنى الوضع موجب للضمان(ولو وضع فى الطريق جمرا فاحرق) ذلك الجمر (شيأ ضمنه) اى يضمن الواضع ما احرقه لانه متعد فى ذلك الوضع (ولو احرق بعد ماحركته) اى الجمر (الريح الى موضع آخر لا يضمن) لنسخ الريح فعله (ان كانت)اى الريح (ساكنة عند وضعه) اى الجمر * وفى النهاية لو حركت الريح عين الجمر وانما قيد به لان عند بعض اصحابنا ان الريح اذا هبت بشررها فاحرقت شيأ فان الضمان عليه فى ذلك لان الريح اذا هبت بشررها ولم تذهب بعينها فالعين باقية فى مكانها فكانت الجناية باقية فيكون الضمان عليه وقدمر ذلك مفصلا وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه * هذا اختيار السرخسى وكان الحلوانى لا يقول بالضمان من غير تفصيل (ويضمن من حمل شيأ فى الطريق ماتلف بسقوطه) اى المحمول (منه) اى من الحامل يعنى من حمل شيأ فى الطريق فسقط المحمول على انسان او غيره فتلف ضمن الحامل لان حمل المتاع فى الطريق على رأسه او على ظهره مباح له لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمى الى الهدف او الصيد (و كذا) يضمن (من ادخل حصيرا او قنديلا او حصاة الى مسجد غيره) اى غير حيه (بلا اذن فعطب به احد) هذا عند الامام لان تدبير امور المسجد مسلم الى اهله دون غيره فيكون فعل الغير تعديا او مقيدا بشرط السلامة فقصد القربة والخير لا ينافى الغرامة اذا اخطأ

الطريق (خلافا لهما) لان عندهما لا يضمن لان القربة لا تتقيد بشرط السلامة (ولو ادخل هذه الاشياء الى مسجد حيه لا يضمن اجماعا) لان هذه من القرب وكل واحد مأذون في اقامة ذلك فلا يتقيد بشرط السلامة فكان ما فعلهم مباحا مطلقا (وكذا) لا يضمن (لو تلف شئ بسقوط رداء هو لابسه) اذ اللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيقع الحرج بالتقييد بوصف السلامة * وعند محمد اذا لبس ما لا يلبس عادة كدروع الحرب والجوالق فسقط على انسان فتلف يضمن لان هذا اللبس بمنزلة الحمل وفي الحمل يضمن (ومن جلس في المسجد غير مصل فعطب به احد ضمنه) عند الامام (خلافا لهما) فانهما قالا لا يضمن على كل حال والى هذا اشار بقوله (ولا فرق بين جلوسه لاجل الصلاة او التعليم او لقراءة القرآن او نام فيه في اثناء الصلاة و بين ان يمر فيه) لحاجة من الحوائج (او يقعد للحديث) وذكر صدر الاسلام ان الاظهر ما قالاه لان المسجد انما بني للصلاة والذكر ولا يمكنه اداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلاة فيكون ملحقا بها لان ما ثبت ضرورة للشئ يكون حكمه كحكمه وللامام ان المسجد بني للصلاة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا ضرر وان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر والى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا وطأ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وذكر شمس الائمة ان الصحيح من مذهب الامام ان الجالس للانتظار لا يضمن وانما الخلاف في عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث (ولا) فرق ايضا (بين مسجد حيه وغيره) في الصحيح (اما المعتكف فقيل على هذا الخلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف) وذكر الفقيه ابو جعفر سمعت ابا بكر رضي الله عنه يقول ان جلس لقراءة القرآن او معتكفا لا يضمن بالاجماع كما في المنح (وفي الجالس مصليا لا يضمن اجماعا وان) كان الجالس (من غير اهله) لان المسجد بني للصلاة فلا يكون متعديا بذلك (ولو استأجر رب الدار عملة) جمع عامل (لاخراج الجناح او الظلة) من الدار (فتلف به) اي بالاخراج (شئ فالضمان عليهم ان) كان التلف (قبل فراغ عملهم) لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار * وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم (وان) كان التلف (بعده) اي بعد فراغ عمله (فعليه) اي الضمان يكون على المستأجر استحسانا لانه صح الاستئجار حتى لو استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكأنه فعل بنفسه فلهذا يضمنه (ويضمن من صب الماء في الطريق العام ما عطب به) لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة (وكذا اذا رشه) اي رش الماء (بحيث يزلق) فيه من مشى عليه (او توضأ به) اي بالماء في الطريق (واستوعب) الماء (الطريق) فعطب به احد المسبق انه متعد في ذلك الفعل بالحاق الضرر بالمارة (وان فعل شيأ من ذلك) المذكور من الصب والرش والوضوء (في سكة غير نافذة وهو) اي الفاعل (من اهلها)

اى من اهل تلك السكة (اوقعد فيها) اى فى تلك السكة (اووضع متاعه) فيها (لايضمن) لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما فى الدار المشتركة فانه يجوز لكل واحد من الشركاء ان يفعل فيها ماهو من ضرورة السكنى (وكذا) لايضمن (ان رش مالايزلق) به (عادة او) توضأ به اواستوعب الماء (بعض الطريق) لانه (فتعمد المار المرور عليه) اى على بعض الطريق الذى فيه الماء مع امكان ان لايمر عليه لانه هو الذى خاطر بنفسه فصار كمن وثب على البئر من جانب الى جانب فوقع فيها * بخلاف ما اذا لم يعلم فوقع من غير علم بان كان المرور ليلا اوكان المار اعمى فانه يضمن (ووضع الخشبة) فى الطريق (كالرش فى استيعاب الطريق وعدمه) يعنى اذا استوعبت الخشبة الطريق يضمن وان لم تستوعبه لايضمن * وفى المنح ولوحفر فى مفازة اونحوها من الطريق فى غير الامصار اوضرب فسطاطا اونصب تنورا اوربط دابة لم يضمن كما فى منية الفقهاء * وفيه حفر بئرا فى طريق مكة اوغيره من الفيافى لم يضمن بخلاف الامصار دون الفيافى والصحارى لانه لايمكن العدول عنه فى الامصار دون الصحارى (وان رش فناء حانوت باذن صاحبه فالضمان على الآمر استحسانا كما لواستأجره) اى الاجير (ليبنى له فى فناء حانوته فتلف به شئ بعد فراغه) فانه يجب الضمان على الآمر دون الاجير (ولوكان امره بالبناء فى وسط الطريق فالضمان على الاجير) لفساد الامر (ولوكنس الطريق لايضمن ماتلف بموضع كنسه) وفى الكافى وان استأجر اجيرا ليبنى له فى فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يضمن الآمر استحسانا * ولو امره بالبناء فى وسط الطريق ضمن الاجير لفساد الامر * بخلاف البنا لانه لايباح له فيما بينه وبين ربه احداث مثل ذلك فى فنائه اذا كان لايتضرر به غيره وقد جرت العادة بذلك فى بلاد المسلمين فاعتبر امره فى ذلك * ولكن لما كان البناء غير مملوك له يتقيد بشرط السلامة * ولوكنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان لم يضمن لانه ما احدث فى الطريق شيأ وانما كنس الطريق لئلا يتضرر به المارة ولايوذيهم التراب ولايكون هو متعديا فى هذا التسبب (ولوجمع الكناسة فى الطريق ضمن ماتلف بها) اى بالكناسة لتعديه بموضع شغله الطريق (ولاضمان فى ماتلف بشئ فعل فى الملك) لانه مأذون فيه شرعا فلايكون متعديا (اوفى فناء)عطف على تلف (له) اى للمالك (فيه) اى فى ذلك الفناء (حق التصرف بان لم يكن للعامة ولامشتركا لاهل سكة غير نافذة) لان ذلك لمصلحة داره * والفناء فى تصرفه * وفى الهداية اما اذا كان لجماعة المسلمين اومشتركا بان كان فى سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد لفعله فى غير ملكه (وان استأجر من حفر له فى غير فنائه فالضمان على المستأجر لاعلى الاجير (ان لم يعلم الاجير انه غير فنائه) لان الاجير يعمل له * ولهذا يستوجب عليه وقد صار مغرورا من جهته حيث لم يعلمه ان ذلك ليس من فنائه وانما حفر اعتمادا على امره فلدفع ضرر الغرور نقل فعله الى الآخر (وان علم) الاجير انه غير فنائه (فعلى الاجير) اى يجب الضمان على الاجير لم يصح امره لانه لايملك ان يفعل بنفسه ولاغرور من جهته لعلمه بذلك

فبقي مضافا اليه (وان قال) المستأجر (هو فنائي وليس لي فيه حق الحفر فالضمان على الاجير قياسا) لعلمه بفساد الامر فلم يوجد الغرور (وعلى المستأجر استحسانا) لان كونه فناءله بمنزلة كونه مملوكاله لانطلاق يده في التصرف من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان امرا بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ماذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه * قال شيخ الاسلام اذا كان الطريق معروفا انه للعامة ضمن سواء قال له انه لي او لم يقل لعلمه بفساد امره (ومن بنى قنطرة) اى على نهر كبير (بغير اذن الامام فتعمد احد المرور عليها) اى على تلك القنطرة (فعطب فلا ضمان على الباني) لانه اذا تعمد المرور وكان بصيرا ويجد موضعا آخر للمرور صار كأنه اتلف نفسه فنسب التلف اليه دون المتسبب فاذا لم يتعمد بان كان اعمى او مر ليلا يضمن اذا وضعه بغير اذن الامام واما اذا وضعه باذن الامام فلا يضمن

فصل في الحائط المائل

لما ذكر احكام مسائل القتل التي تتعلق القتل بالانسان مباشرة وتسببا شرع في بيان احكام القتل المتعلقة بالجماد (ان مال حائط الى طريق عامة فطولب ربه) اى رب الحائط (بنقضه من مسلم او ذمي) رجل او امرأة حر او مكاتب لان الناس في المرور شركاء ممن يملك نقضه وهدمه فيصح التقدم من كل واحد منهم (واشهد عليه) بان يقول ان حائطك هذا مخوف او مائل فانقضه حتى لا يسقط او اهدمه فانه مائل * والاشهاد بعد الطلب ليس بشرط فيكون ذكر الاشهاد فيما ذكر ليتمكن من اثبات الطلب عند الانكار فيكون من قبيل الاحتياط * وهذا لا ينافي وجود معنى الاشهاد اذا وقع الطلب عند الشهود بل ينبغي الاشهاد بلفظ اشهدوا وتدل عليه عبارة الاشهاد * وفي المنح لو قال اشهدوا انى تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا صح ايضا * ولو قال ينبغي لك ان تهدمه فهذا ليس بطلب ولا اشهاد بل هو مشورة (فلم ينقضه في مدة يمكن نقضه فيها فتلف) به اى بانهدامه (نفس او مال ضمن عاقلته) اى عاقلة رب الحائط (النفس و) ضمن (هو) اى رب الحائط (المال) والقياس ان لا يضمن وهو قول الشافعي لانه لم يوجد منه صنع هو متعد فيه لانه بنى الحائط في ملكه والسقوط والميلان ليس من صنعه فلا يضمن كما قبل الاشهاد * وجه الاستحسان انه اذا مال الى الطريق فقد شغل هواء الطريق بحائطه ووقع في يده هواء المسلمين ورفعه في يده فاذا طولب بالنقض وتفريغ الهواء عن هذا الشغل لزمه ذلك فاذا لم يفرغ مع التمكن صار خائنا كأنه شغله ابتداء باختياره (وكذا لو طولب به من يملك نقضه كاب الطفل) الذي وقع في عامة النسخ بدون الياء في اب لكن الصحيح ان يرسم بالياء (ووصيه) لقيام الولاية لهما بالنقض في حقه (والراهن) فيصح التقدم اليه لقدرته على النقض بفك الرهن وارجاع المرهون الى يده (والعبد التاجر) ولو مديونا لان له ولاية النقض ثم ما تلف بالسقوط ان كان مالا فهو في رقبته وان كان نفسا فعلى عاقلة المولى لو كان له عاقلة لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال يليق بالعبد وضمان النفس بالمولى (والمكاتب) لانه مالك يدا فيكون ولاية النقض له وضمان ما تلف نفسا او مالا فيه حكم ضمان ما تلف في العبد التاجر (ولا يضمن ان باعه) اى الحائط به (بعد الاشهاد وسلمه الى المشتري فسقط) لانه

خرج عن ملكه بالبيع سواء قبضه المشتري اولا كما في الدرر وعزاه الى الكافي وليس في الهداية لفظ اولا* وفي الجوهرة شرط ان يكون بعد القبض حيث قال ولو باع الدار بعد ما اشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه * وفي المنح فان قلت هل قولهم خرج عن ملكه ببيع قيد اولا قلت ليس بقيد بل غير البيع كذلك كالهبة ونحوها *قال في الحاوي القدسي اذا اشهد على صاحب الحائط المائل بالنقض ثم خرج الحائط عن ملكه ببيع او غيره بطل الاشهاد والتقدم حتى اذا عاد الى ملكه فسقط بعد تمكن النقض او قبله لا يجب عليه الضمان بذلك الاشهاد انتهى (ولا) يضمن (ان طولب به) اى بالنقض (من لا يملكه) اى النقض (كالمرتهن والمستأجر والمودع) لانه ليس لهم قدرة على التصرف فلا يفيد طلب النقض منهم* ولهذا لا يضمنون بما تلف من سقوطه (وان بناه) اى الحائط صاحبه (مائلا ابتداء ضمن ما تلف بسقوطه وان لم يطالب بنقضه كما في اشراع الجناح ونحوه) وهو اخراج الجذوع من الجدار الى الطريق والبناء عليه والكنيف لتعديه بالبناء على هذه الكيفية (فان مال) اى الحائط (الى دار رجل فالطلب لربها) اى لرب الدار لان الطلب حق له (او ساكنها) اى ساكن الدار فللسكان ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هوائها (فيصح تأجيله وابراؤه) اى يصح تأجيل كل من مالت الدار وابراؤه حتى لو سقط بعد مدة الاجل وبعد الابراء وتلف به شئ لا يضمن لان الحق له فيصح تأجيله واسقاطه (ولا يصح التأجيل فيما مال الى الطريق) لان الحق لجماعة الناس (ولو) كان اى التأجيل (من القاضي او المشهد) لانه حق المارة وليس للقاضي ولا للمشهد على صيغة اسم الفاعل ابطال حقهم (ولو كان الحائط بين خمسة فاشهد) على صيغة المفعول (على احدهم) اى احد الخمسة (ضمن خمس ما تلف به) عند الامام ويكون ذلك على عاقلته (وعندهما نصفه) اى نصف ما تلف به لان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فانقسما قسمين* ولهذا قالا بضمان النصف كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل حيث يلزم الجارح نصف الدية* وللامام ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر لان اصله ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك* بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت او كبرت الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية كما في الهداية (وان حفر احد ثلاثة في دار هي لهم بئرا بغير اذن شريكيه او بنى حائطا ضمن ثلثي ما تلف به) عند الامام (وعندهما) ضمن (نصفه) اى نصف ما تلف به والدليل من الجانبين هو ما ذكر في مسئلة الشركاء السالفة قبيل هذا

باب جناية البهيمة والجناية عليها

(يضمن الراكب) اى في طريق العامة وانما قيد به لانه لو كان ملكه لا يضمن شيأ لانه غير متعد بخلاف ما اذا كان في طريق العامة فيضمن للتعدي (ما وطئت دابته او اصابت بيدها او رجلها او رأسها او كدمت او خبطت) برجلها (او صدمت) والاصل في هذا ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة بمنزلة المشي لان الحق في الطريق

مشترك بين الناس فهو متصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه فالجناية مقيدة بشرط السلامة وانما تقيد بشرط السلامة فيما يمكن التحرز عنه دون مالا يمكن التحرز عنه لانا لو شرطنا عليه السلامة عما لا يمكن التحرز عنه يتعذر عليه استيفاء حقه لانه يمتنع عن المشي والسير مخافة ان يبتلى بما لا يمكن ان يتحرز عنه والتحرز عن الوطئ والاصابة باليد او الرجل او الكدم وهو العض بمقدم الاسنان او الخبط وهو الضرب باليد او الصدم وهو الضرب بنفس الدابة وما اشبه ذلك في وسع الراكب اذا امعن النظر في ذلك واما ما لا يمكن التحرز عنه فهو ماذكره بقوله (لا ما نفحت برجلها او ذنبها) قال في المغرب يقال نفحت الدابة بالفاء والحاء المهملة اى ضربت بحد حافرها هذا اذا كانت سائرة (الا اذا اوقفها) اى الراكب الدابة في الطريق فانه حينئذ يضمن بالنفحة سواء كانت بالرجل اى بالذنب لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه التحرز عن النفح فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به (ولا ما عطب بروثها او بولها سائرة او واقفة) يعني اذا بالت او راثت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لا ضمان عليه لانه لا يمكن التحرز عنه * وكذا اذا اوقفها لذلك فلا ضمان لان من الدواب ما لا يفعل ذلك حتى يقف فهو ايضا مما لا يمكن التحرز عنه * فلهذا لا يضمن بذلك سواء كانت سائرة او واقفة (لاجله) اى لاجل الروث او البول (فان اوقفها الا لاجله) اى لا لاجل الروث او البول (ضمن ما عطب به) اى بالروث او البول لانه يكون معتديا في الايقاف لانه ليس من ضرورات السير (فان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ) اى كل واحد مما ذكر (عينا) فذهب ضوءها او افسد ثوبا لا يضمن) لانه لا يمكنه التحرز عنه فان سير الدابة لا يعرى عنه (وان) كان حجرا (كبيرا ضمن) لانه مما يستطاع الامتناع عنه فسير الدواب ينفك عنه وانما يكون لخرق منه في السير (ويضمن القائد ما يضمنه الراكب وكذا السائق في الاصح) لان الدابة في ايديهم وهم يسيرونها ويصرفونها كيف شاؤا * وهو مختار اكثر المشايخ (وقيل) قائله القدوري (يضمن) اى السائق (النفحة ايضا) ولا يضمنها الراكب والقائد * قال البرجندي وذكر القدوري في مختصره ان السائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها يعني النفحة لان السائق يرى النفحة فيمكنه التحرز عنها والقائد لا يراها * ولا يخفى ان هذا الفرق غير مؤثر في تمكن الاحتراز (ولا كفارة عليهما) اى على السائق والقائد (ولا حرمان ارث او وصية) لانهما يختصان بالمباشرة وليسا من احكام التسبيب * ولا يخفى انه لو اتى بالواو دون او لكان انسب ولعله اتى باو بناء على عدم جواز الوصية للوارث (بخلاف الراكب) فيما اوطأته الدابة بيدها او برجلها فان عليه الكفارة وحرمان الارث والوصية * وذلك لتحقق المباشرة منه فان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له فان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له وهما سببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شئ (وان اجتمع الراكب والقائد او الراكب والسائق فالضمان عليهما) اى عند البعض لان كل ذلك سبب للضمان (وقيل على الراكب وحده) دون السائق والقائد لان الراكب مباشر فيه كما ذكرنا والسائق متسبب فالاضافة

الى المباشر اولى (وان اصطدم فارسان) خطأ اى ضرب احدهما الآخر بنفسه (او) اصطدم (ماشيان فماتا ضمن عاقلة كل) اى كل واحد (دية الآخر) عندنا لان هلاكه اما مضاف الى فعل نفسه او فعل صاحبه او فعلهما معا لا سبيل الى الاول لان فعله مباح لا يصلح فى حق نفسه ان يضاف اليه الهلاك فضلا عن ان يصلح فى حق الضمان ولا الى الثالث لان ما ركب من صالح وغير صالح ليس بصالح فثبت الثانى فانه وان كان فعلا مباحا وهو المشى فى الطريق الا انه فى حق غيره يصلح ان يضاف اليه الهلاك فيصلح ايضا فى حق الضمان* وعند زفر والشافعى يجب على عاقلة كل منهما نصف دية الآخر لان كل واحد عطب بفعله وفعل صاحبه فكان نصفين احدهما معتبر والآخر هدر* قيل لو كانا عامدين فى الاصطدام يضمن كل واحد نصف الدية للآخر اتفاقا* وقيل هذا لو وقع كل واحد منهما على قفاه لتحقق فعل الاصطدام ولو وقع على وجهه فلا شئ على واحد منهما وان وقع احدهما على قفاه والآخر على وجهه فدم الذى وقع على وجهه هدر* قيل يجب عند الشافعى نصف الدية سواء وقع على قفاه او ظهره او وجهه (وان تجاذبا حبلا فانقطع) الحبل (فماتا فان وقع) اى كل واحد منهما (على ظهرهما فهما هدر) لان كل واحد مات بقوة نفسه (وان) وقعا (على وجههما فعلى عاقلة كل) واحد منهما (دية الآخر) لان كل واحد منهما مات بقوة صاحبه (وان اختلفا) اى وقع احدهما على القفاء والآخر على الوجه (فدية من) وقع (على وجهه على عاقلة من وقع على ظهره) فالذى على القفاء لا دية له (وان قطع آخر الحبل) اى ان تجاذبا الحبل فقطعه انسان آخر فوقع كل منهما على القفاء (فماتا فديتهما على عاقلته) اى عاقلة القاطع لانه مضاف الى فعله فكان سببا (وان ساق دابة فوقع سرجها او غيره من ادواتها) كاللجام ونحوه وما يحمل عليها (على انسان فمات ضمن) السائق لانه متعد فى هذا التسبيب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد والاحكام فيه* بخلاف الرداء لانه لا يشد فى العادة ولا يقيد بشرط السلامة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كما فى المحمول على عاتقه دون اللباس فيقيد بشرط السلامة (وكذا) يضمن (قائد قطار وطئ بعير منه) اى من ذلك القطار (انسانا و) ضمان (النفس على عاقلته و) ضمان (المال فى ماله) لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه التحرز عنه فصار متعديا بالتقصير فى الحفظ والتسبيب بوصف التعدى سبب الضمان (وان كان مع القائد سائق فالضمان عليهما) لان قائد الواحد قائد الكل وكذا سائقه لاتصال الازمة* وهذا اذا كان السائق فى جانب الابل اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه* ولو كان رجل راكبا على بعير وسط القطار ولا يسوق منها شيأ لم يضمن ما اصابت الابل التى بين يديه لانه ليس بسائق لها* وكذا ما اصابت الابل التى خلفه لانه ليس بقائد لها الا اذا كان اخذ بزمام ما خلفه اما البعير الذى هو راكبه فهو ضامن لما اصابه فيجب عليه وعلى القائد غير ما اصابه بالايطاء فان ذلك ضمانه على الراكب وحده لانه جعل فيه مباشرا حتى جرى عليه احكام المباشرين كما فى التبيين (فان

ربط بعير على قطار بغير علم قائده فعطب به) اى بالبعير المربوط (انسان ضمن عاقلة القائد الدية) لانه قائد الكل فيكون قائد الذلك والقود سبب قريب او جود الضمان فلا يسقط الضمان المحقق بجهله (ورجعوا) اى عاقلة القائد (بها) اى بهذه الدية (على عاقلته) اى على عاقلة الرابط قال صدر الشريعة اقول ينبغى ان يكون فى مال الرابط لان الرابط اوقعهم فى خسران المال وهذا مما لا تحمله العاقلة اه* ويجاب عنه بان الربط لما كان متعديا فيما صنع صار فى التقدير هو الجانى واذا كان كذلك وجبت الدية على عاقلته* فان قيل ان كل واحد منهما مسبب فكان ينبغى ان يجب الضمان على القائد والرابط ابتداء* اجيب بان القود بمنزلة المباشرة بالنسبة الى الربط لاتصال التلف به دون الرابط فيجب عليه الضمان وحده ثم يرجع على عاقلته* قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لان الرابط امر بالقود دلالة واذا لم يعلم لا يمكنه التحفظ عنه ولكن جهله لا ينفى وجوب الضمان عليه لتحقق الاتلاف منه وانما ينفى الاثم فيكون قرار الضمان على الرابط* واما اذا ربط والابل واقفة ضمنها عاقلة القائد ولا يرجون به على عاقلة الرابط لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه على احد وتمامه فى التبيين* فليطالع (ومن ارسل بهيمة او كلبا او ساقه) بان يمشى خلفه فاصاب احدهما مملوكا (ضمن ما اصاب فى فوره) اى فور الارسال بان لا يميل يمنة او يسرة لان فعله ينتقل الى المرسل بسوقه كما يضاف فعل المكره الى المكره فيما يصلح آلة له (وفى الطير لا يضمن وان ساقه) والفرق ان بدن البهيمة والكلب يحتمل السوق فاعتبر سوقه وبدن الطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة (وكذا) لا يضمن (فى الدابة والكلب اذا لم يسق) لكون كل واحد من الدابة والكلب مستقلا فى فعله (او انفلتت) اى الدابة (بنفسها ليلا او نهارا فاصابت مالا او نفسا) لا يضمن صاحبها لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار* قال محمد هى المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال وغيره* وفى الهداية اذا ارسل دابة فى طريق المسلمين فاصابت فى فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق آخر سواه* وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال فى الاصطياد ثم سارت فاخذ الصيد يعنى يحل صيده لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل وهذه الوقفة من الدابة تنافى مقصود المرسل فتقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب نفسا او مالا فى فوره حيث لا يضمن المرسل وفى الارسال فى الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه* اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدى* ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعا على فورها ضمن المرسل وان مالت يمينا او شمالا وله طريق آخر لا يضمن* وفى الكافى ومن فتح باب قفص وطار الطير او باب الاصطبل فخرجت الدابة وضلت لا يضمن الفاتح لانه اعترض على التسبب فعل فاعل مختار* وقال محمد يضمن لان طيران الطير هدر شرعا* وكذا فعل كل بهيمة فكانه خرج بلا اختيار فيضمن كالو شق زقا فسال ما فيه (ومن ضرب دابة عليها راكب او نخسها) اى الدابة

والنخس الطعن (فنفحت اوضربت بيدها احدا) مفعول نفحت وضربت على سبيل التنازع (اونفرت) اى الدابة من ضربه اونخسه (فصدمته) اى ضربت بنفسها احدا (فمات ضمن هو) اى ضارب الدابة اوالناخس (لاالراكب ان فعل) اى الضارب اوالناخس (ذلك) اى الضرب اوالنخس (حال السير) اى سير الدابة لان الضارب اوالناخس متعد فى تسبيبه والراكب غير متعد فيترجح جانبه فى التغريم للتعدى (وان اوقفها لافى ملكه فعليهما) اى ان اوقف الدابة راكبها فى غير ملكه والمسئلة بحالها فالضمان عليهما نصفين * وانما قيد بقوله لافى ملكه لانه اذا اوقفها فى ملكه لايضمن الراكب ايضا (وان نفحت) الدابة (الناخس فدمه هدر) لانه بمنزلة الجانى على نفسه (وان القت) الدابة (الراكب) فمات (فضمانه على الناخس) اى على عاقلته لانه متعد فى تسبيبه ففيه الدية على العاقلة (وان فعل ذلك) اى الضرب اوالنخس (باذن الراكب فهو كفعل الراكب) ولاضمان عليه فى نفحتها الا ان الراكب له ولاية نخس الدابة وضربها فاذا امر غيره بما يملك مباشرته جعل فعل المأمور كفعل الآمر (لكن ان وطئت) الدابة (احدا فى فورها) من غير ان تميل يمنة اويسرة (بعد النخس بالاذن فديته عليهما) لانه قد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما اذا كانت فى فورها الذى نخسها لان سيرها فى تلك الحالة مضاف اليها والاذن يتناول فعل السوق ولايتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه فالركوب وان كان علة للوطئ فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطئ وبهذا لايترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع فى بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما كان الحفر شرط وجود علة اخرى وهو الوقوع دون علة الجرح فكذا هذا (ولايرجع الناخس على الراكب فى الاصح) لانه لم يأمره بالايطاء والنخس ينفصل عنه والتلف انما حصل بالوطئ (كما او امر صبيا يستمسك على دابته بتسييرها فوطئت انسانا فمات) ضمن عاقلة الصبى ديته (ولايرجع عاقلة الصبى بما غرموا من الدية على الآمر) لانه امره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه * وانما قال فى الاصح احترازا عما قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن فى الايطاء لانه فعله بامره فرجع بما لحقه من العهدة عليه (وكذا لو ناول الصبى سلاحا فقتل به احدا) فانه يضمن ولايرجع على المناول (وكذا الحكم فى نخسها ومعها قائد اوسائق) يعنى من قاد دابة اوساقها فنخسها رجل آخر فانفلتت واصابت فى فورها فالضمان على الناخس * وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه كذا فى الهداية (وان نخسها شئ منصوب فى الطريق فالضمان على من نصبه) لان الناصب متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعل نفسه (ولافرق بين كون الناخس صبيا اوبالغا) لان الصبى كالبالغ يؤاخذ بافعاله فيكون الضمان فى ماله * وفى الكافى نقلا عن المبسوط ان كان الناخس صبيا فهو كالرجل فى ان ضمان الدية تجب على عاقلته لانه يؤاخذ بافعاله * ومافى الهداية واذا كان صبيا ففى ماله يحتمل ان يراد به اذا كانت الجناية على المال اوفيما دون ارش الموضحة (وان كان) اى الناخس (عبدا فالضمان فى رقبته) فيدفعه المولى بالضمان

او يفديه (وجميع مسائل هذا الفصل والذى قبله ان كان الهالك آدميا فالدية على العاقلة وان) كان الهالك (غيره) اى غير الآدمى (فالضمان فى مال الجانى) لما تقرر ان العواقل لا يتحملون ضمان المال (ومن فقأ عين شاة قصاب ضمن ما نقصها) من حيث المالية لان المقصود منها اللحم فقط دون العمل فلا يعتبر فيها الا النقصان بلا تقدير وقيد بالعين لان فى العينين صاحبها بالخيار ان شاء تركها على الفاقئ وضمنه القيمة كاملة وان شاء امسكها وضمنه النقصان كما فى التبيين (وفى عين الفرس او البغل او الحمار او بعير الجزار او بقرته ربع القيمة) لما روى «انه عليه السلام قضى فى عين الدابة بربع القيمة» وهكذا قضى عمر رضى الله عنه ولان اقامة العمل انما يكون باربع اعين عيناها وعين المستعمل لها فصارت كأنها ذات اعين اربع فيجب الربع بفوات احدها * وقال الشافعى يجب النقصان كما فى الشاة * قيل والقصاب ليس بقيد فالحكم فى كل بقرة وبعير ربع القيمة فى العين الواحدة وفى كل شاة النقصان * وانما وضع المسئلة فى بقرة الجزار وجزوره لئلا يتوهم انهما معدان للحم فيكون حكمها حكم الشاة * وترك فى الاصلاح اضافة الشاة الى القصاب معللا بقوله لما فيه من مظنة الاختصاص خصوصا عند ملاحظة التعليل وليس بصحيح وجوابه ان وضع المسئلة فى شاة القصاب ايضا لئلا يتوهم انها معدة للحم فلا يعتبر النقصان فيما لا يتعلق بالحم بل يوجد نقصان فى ماليتها لكونها فى حكم اللحم باعتبار المآل

باب جناية الرقيق والجناية عليه

لما فرغ من بيان احكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع فى بيان احكام جناية المملوك وهو العبد واخره لانحطاط رتبة العبد عن رتبة الحر كما فى شروح الهداية * ولقائل ان يقول انه ما وقع الفراغ من بيان احكام جناية الحر مطلقا بل بقى منه جناية الحر على العبد وهو انما يتبين فى هذا الباب فالاظهر ان يقال لما فرغ من بيان جناية الحر على الحر شرع فى بيان جناية المملوك والجناية عليه ولما كان فيه تعلق بالمملوك البتة من جانب اخره لانحطاط المملوك رتبة من المالك * اعلم انهم اختلفوا فى موجب جناية العبد قيل موجبها الارش لان النصوص مطلقة من غير فصل الا ان للمولى ان يتخلص بالدفع تخفيفا عليه * وقيل موجبها الدفع وللمولى ان يتخلص بالفداء ولهذا يبرأ المولى بهلاكه ولو كان الموجب الاصلى غيره لما برئ بهلاكه لانه يفوت به الدفع لا الفداء (جناية المملوك لا توجب الا دفعا واحدا لو) كان (محلا للدفع) بان كان قنا وهو الذى لم ينعقد له شئ من اسباب الحرية كالتدبير وامومية الولد والكتابة (والا) اى وان لم يكن محلا للدفع بان كان له شئ من اسباب الحرية المذكورة فيما سلف (ف) توجب (قيمة واحدة لو) كان (غير محل له) اى للدفع * ولا يخفى ان قوله والا يفيد ما صرح به من قوله غير محل له فهو مستدرك بلا فائدة وفرع بقوله (فلو جنى عبد خطأ) هكذا فى الهداية وغيرها والتقييد بالخطأ هنا انما يفيد فى الجناية فى النفس لانه اذا كان عمدا يجب القصاص واما فيما دون النفس فلا يفيد لان خطأ العبد وعمده فيما دون النفس سواء فانه يوجب المال فى الحالين اذ القصاص لا يجرى بين العبد والعبد ولا بين العبيد والاحرار فيما دون النفس * هذا اذا كان العبد كبيرا واما اذا كان صغيرا فعمده كالخطأ (فان شاء مولاه دفعه) اى العبد (بها) اى بالجناية (و يملكه

وليها) اى ولى الجناية (وان شاء فداه بارشها) اى الجناية وذلك لان العبد لا مال له ولا عاقلة ولا يمكن اهدار الدم فجعلت رقبته مقام الارش الا انه خير المولى بين الدفع والفداء لئلا يفوت حقه فى العبد بالكلية (حالا) قيد للدفع والفداء جميعا اما الدفع فلانه عين ولا تأجيل فى الاعيان* واما الفداء فلانه بدل العين فيكون فى حكمه* ثم الاصل عند الامام ان الخطأ هو الارش وعندهما الاصل هو ان يصرف المال الى الجناية كما فى العمد فاذا اختار المولى الفداء وليس عنده ما يؤدى فالعبد عبده عند الامام ويؤدى الارش متى وجد وعندهما ان لم يؤد الدية فى الحال فعليه الدفع الا ان يرضى الاولياء* وفى الاقتصار على دفع العبد ايماء الى انه لو كسب العبد بعد الجناية كسبا واختار المولى دفعه لا يدفع الكسب اتفاقا* ولو ولدت امة الجناية لا يدفع الولد عند صاحب المحيط* وذكر شيخ الاسلام انه يدفع الولد كما فى البرجندى (فان مات العبد قبل ان يختار شيأ) من الدفع او الفداء (بطل حق المجنى عليه) لفوات محل الواجب (وان) مات (بعد ما اختار) المولى (الفداء لا يبطل) حقه اى المجنى عليه ولم يبرأ المولى لتحول الحق حينئذ من رقبة العبد الى ذمة المولى وبموت العبد لا تفسد ذمته (فان فداه المولى فجنى) اى العبد (ثانيا فالحكم كذلك) لانه قد طهر وخلص من الجناية الاولى فيجب بالثانية الدفع او الفداء (وان جنى جنايتين دفعه) اى المولى العبد (بهما) اى بالجنايتين (فيقتسمانه بنسبة حقوقهما) اى العبد المدفوع على قدر حقيهما (او فداه بارشهما) اى بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة* ثم اذا دفعه اليهم اقتسموه على قدر حقوقهم وحق كل واحد منهم ارش جنايته وللمولى ان يفتدى من بعضهم ويأخذ نصيبه من العبد ويدفع الباقى الى غيره لاختلاف الحقوق* بخلاف ما اذا كان المقتول واحدا وله وليان او اولياء حيث لم يكن له ان يفتدى من البعض ويدفع الباقى الى البعض لاتحاد الحق (فان باعه) اى المولى العبد الجانى (او وهبه او اعتقه او دبره او استولدها) اى الجارية الجانية حال كونه (غير عالم بها) اى بالجناية (ضمن) اى المولى (الاقل من قيمته و) الاقل (من ارشه) لانه فوت حقه بما صنع فيضمنه وحقه فى اقلهما * بخلاف الاقرار على رواية الاصل لان المقر له يخاطب بالدفع او الفداء لانه ليس فيه نقل الملك لاحتمال صدقه* والحقه الكرخى بالبيع لزوال ملكه ظاهرا او باعها من المجنى عليه فهو مختار* بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق اخذه بغير عوض لكن فى الهبة دون البيع واعتاق المجنى عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى لان فعل المأمور مضاف الى الآمر ولو ضربه بعد العلم فنقصه فهو مختار لانه حبس جزء منه* وكذا لو وطئ البكر دون الثيب الا اذا علقها * بخلاف التزويج لانه عيب حكمى وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك* وكذا بالاذن فى التجارة وان ركبه ديون لان الاذن والدين لا يمنع الدفع* وعند الشافعى فى قول واحمد فى رواية ومالك ضمن الارش فقط (وان عالما بها) او بالجناية (ضمن الارش) فقط بالاجماع لانه صار مختار الفداء (كما لو علق) اى المولى (عتقه بقتل زيد او رميه او شجه) بان قال له ان قتلت فلانا او رميت زيدا او شججت رأسه فانت حر

(فقعل)

(فقتل) اى قتل او رمى او شج كان المولى مختار الفداء فى جميع ذلك * وقال زفر لا يصير مختارا للفداء لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا للفداء وعليه القيمة ولنا ان تعليق العتق مع علمه بانه يعتق عند القتل دليل اختياره فتلزمه الدية (وان قطع عبد يد حر) حال كونه (عمدا) اى عامدا (فدفع) العبد (اليه) اى الى الحر الذى قطعت يده (فاعتقه) اى المدفوع اليه (فسرى) اى القطع الى النفس فمات (فالعبد صلح بالجناية) لانه قصد صحة الاعتاق ولا صحة له الا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها ابتداء ولهذا لو نص عليه ورضى به جاز وكان مصالحا عن الجناية وما يحدث منها (وان لم يكن اعتقه) اى العبد المجنى عليه ومات من السراية (رد) العبد (على سيده فيقادا ويعفى) لانه ظهر ان الصلح كان باطلا لانه وقع على المال وهو العبد عن دية اليد اذ القصاص لا يجرى بين الحر والعبد فى الاطراف وبالسراية ظهر ان دية اليد غير واجبة وان الواجب هو القود فصار الصلح باطلا لان الصلح لا بدله من مصالح عنه والمصالح عنه المال فلم يوجد فبطل الصلح فوجب القصاص فالاولياء بالخيار ان شاؤا عفوا عنه وان شاؤا قتلوه (وكذا لو كان القاطع حرا فصالح المقطوع) يده (على عبد ودفعه) اى القاطع العبد (اليه) اى الى المقطوع (فان اعتقه) المقطوع (ثم سرى) القطع الى القتل فمات (فهو) اى العبد (صلح بها) اى بالجناية (وان لم يعتقه فسرى رد) العبد الى القاطع (واقيد) اوعفا والوجه ما بين فاتحد الحكم والعلة وفى الهداية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب هناك وهنا قال يجب * قيل ما ذكرهنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان * وقيل بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له فى اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما بقى موجود حقيقة فكفى لمنع وجوب القصاص اما هنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاما اذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل (وان جنى) عبد (مأذون مديون) جناية (خطأ فاعتقه) اى سيده (غير عالم بها) اى بالجناية (ضمن) اى السيد (لرب الدين الاقل من قيمته ومن دينه و) ضمن (لولى الجناية الاقل من قيمته) اى العبد (ومن ارشها) اى الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة على تقدير كونه مملوكا بان يدفع الى ولى الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنها السيد المعتق بالاتلاف وان اعتقه بعد العلم فعليه قيمته لرب الدين وارش الجناية لاولياء المجنى عليه (ولو ولدت مأذونة مديونة يباع) الولد (معها) اى مع امه (فى دينها) اى الام المأذونة (ولو جنت) فولدت (لا يدفع) الولد (فى جنايتها) اى الجناية لولى الجناية والفرق ان الدين وصف حكمى فيها واجب فى ذمتها متعلق برقبتها فيسرى الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع فى ذمة المولى لا فى ذمتها فلا يسرى الى الولد * ثم اعلم ان شرط السراية

الى الولدان يكون الولادة بعد لحوق الدين امااذا ولدت ثم لحقها الدين لا يتعلق حق الغرماء
بالولد * بخلاف الاكتساب حيث يتعلق الغرماء بها سواء كسبت قبل الدين او بعده (ولو اقر
رجل ان زيدا حرر عبده فقتل ذلك العبد) فاعل قتل (ولى المقر خطأ فلا شئ له) اى للمقر
يعنى انه اذا كان لرجل عبد زعم رجل آخر ان مولى ذلك العبد اعتقه ثم ان هذا العبد قتل وليا
لهذا الزعم خطأ فلا شئ له لانه متى زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى ديته على عاقلته وابراء العبد
والمولى فلزمه ما اقر به ولم يصدق على العاقلة بلا حجة (وان قال معتق) على صيغة المفعول
(قتلت اخا زيد) قتلا خطأ (قبل عتقى وقال زيد بل بعده فالقول للمعتق) لانه منكر للضمان
لانه اسنده الى حالة منافية للضمان * وهذا لان الوجوب فى جناية العبد على المولى دفعا
او فداء فلا يتصور وجوب الضمان فى قتل الخطأ على العبد فى حال رقه بحال (وان قال المولى
لامة اعتقها) اى امة نفسه (قطعت) على صيغة المتكلم (يدك قبل العتق وقالت) الامة لا
(بل بعده فالقول لها) اى للامة لانه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه وهى تنكر فالقول للمنكر
(وكذا) القول (فى كل ما نال منها) اى اخذ المولى من الامة (الا الجماع والغلة) بان قال
وطئتك وانت امتى وقالت لا بل بعد العتق فيكون القول قوله * وكذا اذا اخذ من غلتها اى
اكسابها لا يجب عليه الضمان وان كانت مديونة * وهذا عندهما (وعند محمد لا يضمن) المولى
(الا شيأ) قائما (بعينه يؤمر) المولى (برده اليها) اى على الامة لانه منكر وجوب الضمان
لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له كما فى المسئلة الاولى وكما فى الوطئ والغلة وفى القيام
اقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التمليك عليها وهى تنكر فالقول قول المنكر ولهذا
يؤمر بالرد اليها * ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال
لغيره اذهبت عينك اليمنى وعينى تلك صحيحة فذهبت وسقط القود وقال المقر له لا بل فقأت
عينى وعينك ذاهبة ولى عليك الارش فالقول للمفقوء عينه وعلى الفاقئ الارش لان القضاء
حصل مضمونا بتصادقهما الا ان الفاقئ يدعى البراء وخصمه منكر فكان القول قوله (ولو
امر عبد محجور او صبى صبيا بقتل رجل فقتله فالدية على عاقلة القاتل) لانه هو القاتل حقيقة
وعمده وخطاؤه سواء ولا شئ على الآمر سواء كان عبدا محجورا او صبيا لانهما لا يؤاخذان
باقوالهما لعدم اعتبارها شرعا (ورجعوا) اى العاقلة (على العبد بعد عتقه) لان عدم اعتبار
قول العبد انما هو لحق المولى وقد زال حق المولى بالاعتاق (لا على الصبى الآمر) اى لا ترجع
العاقلة على الصبى الامر لنقصان الاهلية * وفى التبيين لا ترجع العاقلة على العبد ايضا لان هذا
ضمان جناية وهو على المولى لا على العبد وقد تعذر ايجابه على المولى لمكان الحجر * وهذا اوفق
للقواعد الا ترى ان العبد اذا اقر بعد العتق بالقتل قبله لا يجب عليه شئ لكونه اسنده الى حالة
منافية للضمان * ولهذا لو حفر العبد بئرا فاعتقه مولاه ثم وقع فيه انسان فهلك لا يجب على العبد
شئ وانما تجب على المولى قيمته لان جنايته لا توجب عليه شيأ وانما توجب على المولى فيجب
عليه قيمة واحدة ولو مات فيها الف نفس فيقتسمونها بالحصص (ولو كان مأمور العبد مثله)

بان امر العبد المحجور عبدا محجورا مثله بقتل رجل (دفع السيد) العبد (القاتل اوفداه ان كان) القتل (خطأ) اوكان القتل عمدا (و) العبد (المأمور صغيرا) لان عمد الصغير كالخطأ (ولا يرجع) السيد (على الآمر في الحال) لان الامر قول وقول المحجور غير معتبر فلا يؤخذ به في الحال بل (ويجب ان يرجع) السيد (عليه) اى على العبد (بعد عتقه) لزوال المانع وهو حق المولى (بالاقل من قيمته ومن الفداء) لان القيمة ان كانت اقل من الفداء فالمولى غير مضطر الى اعطاء الزيادة على القيمة بل يدفع العبد*قال صدر الشريعة اقول ينبغي ان لا يرجع بشيء لان الامر لم يصح والآمر لم يوقعه في هذه الورطة لكمال عقل المأمور بخلاف ما اذا كان المأمور صبيا اه (وان كان) القتل (عمدا و المأمور) عبدا (كبيرا اقتص) لانه من اهل العقوبة* وفي النهاية هذا الذي ذكر من الحكم لا يقتضي ان يكون الآمر والمأمور محجورا عليهما لا محالة بل يكتفي بان يكون الآمر محجورا عليه لانه اذا امر العبد المحجور عليه العبد المأذون وباقي المسئلة بحالها فالحكم كذلك واما لو كان الآمر عبدا مأذونا والمأمور عبدا محجورا اومأذونا يرجع مولى العبد القاتل بعد الدفع او الفداء على رقبة الآمر في الحال بقيمة عبده لان الآمر بامره صار غاصبا للمأمور فصار كاقراره بالغصب والعبد المأذون لو اقر بالغصب يؤاخذ به في حال رقه بخلاف المحجور (وان قتل عبد حرين لكل منهما وليان فعفى احد ولي كل منهما دفع) السيد (نصفه) اى نصف العبد (الى الآخرين او فدى بدية لهما) يعني للمولى الخيار ان شاء دفع نصف العبد الى اللذين لم يعفوا من ولي القتيلين وان شاء فداه بدية كاملة لانه لما عفا احد ولي كل منهما سقط القصاص في الكل وانقلب نصيب الساكتين مالا وهو دية كاملة لان كل واحد من القتيلين يجب له قصاص كامل على حدة فاذا سقط القصاص وجب ان ينقلب كله مالا وذلك ديتان فيجب على المولى عشرون الفا او يدفع العبد غير ان نصيب العافين سقط مجانا وانقلب نصيب الساكتين مالا وذلك دية واحدة لكل واحد منهما نصف الدية او دفع نصف العبد لهما فيخير المولى بينهما (وان قتل) العبد (احدهما) اى احد الحرين (عمدا و) قتل (الآخر خطأ فعفا احد ولي العمد فدى) السيد (بدية) كاملة (لولي الخطأ و) فدى (بنصفها لاحد ولي العمد) الذي لم يعف لان نصف الحق بطل بالعفو فبقي النصف وصار مالا ويكون خمسة آلاف درهم ولم يبطل شيء من حق ولي الخطأ وكان حقهما في كل الدية عشرة آلاف (او دفع) اى دفع السيد العبد (اليهم) اى الى الاولياء (يقتسمونه اثلاثا) ثلثاه لولي الخطأ وثلثه للذي لم يعف من ولي العمد (عولا) عند الامام فيضرب لولي الخطأ بالكل وهو عشرة آلاف وغير العافي بالنصف وهو خمسة آلاف لان حقه في النصف وحقهما في الكل فصار كل نصف بينهما فصار حق ولي الخطأ في سهمين وحق غير العافي في سهم فيقسم العبد بين ولي الخطأ وبين غير العافي اثلاثا ثلثاه لولي الخطأ وثلثه لغير العافي (وعندهما) دفعه اليهم (ارباعا منازعة) ثلاثة ارباعه لولي الخطأ وربعه لولي العمد بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطأ بلا منازعة ومنازعة الفريقين في النصف الآخر فينصف فلهذا يقسم ارباعا (وان قتل عبد لاثنين قريبا لهما

فعفا احدهما بطل الكل) يعني اذا كان عبد بين رجلين فقتل العبد قريبا لهما كاخيهما فعفا احدهما بطل حق الجميع عند الامام فلا يستحق غير العافي شيأ من العبد غير نصيبه الذي كان له من قبل (وقالا يدفع العافي نصف نصيبه الى الآخر) ان شاء (او يفديه بربع الدية) ان شاء لان حق القصاص ثبت لهما في العبد على الشيوع لان الملك لا ينافي استحقاق القصاص عليه للمولى لانه مبقي على اصل الحرمة في حق الدم واذا وجب القصاص وجب لكل منهما نصف القود شائعا نصفه في ملكه ونصفه في ملك صاحبه فاذا عفا احدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير انه شائع في كل العبد فما اصاب نصيبه سقط لان المولى لا يستوجب على عبده مالا وما اصاب نصيب صاحبه ثبت وهو نصف النصف وهو الربع فيدفع نصف نصيبه او يفديه بربع الدية وللامام ان القصاص وجب حقا لهما من غير تعيين فاحتمل انه وجب لكل منهما في كل العبد او في النصف مترددا بين نصفه او نصف صاحبه او فيهما شائعا وكل ذلك لا يمنع وجوب القود لان اجزاء العبد في القود ليس بعضها باولى من بعض فاذا زال حقه الى المال احتمل وجوب الكل على احتمال تعلقه بنصيب صاحبه وبطلان الكل على احتمال التعلق بنصيبه ووجوب النصف بان يتعلق بهما شائعا والمال لا يجب بالشك (وقيل محمد مع الامام)

﴿ فصل ﴾

شرع في بيان الجناية على العبد بعد ما فرغ من بيان احكام جناية العبد على غيره (دية العبد قيمته) لان العبد انقص حالا من الاحرار (فان كانت) قيمة العبد (قدر دية الحر او اكثر نقصت) القيمة (عن دية الحر عشرة دراهم * وكذا لو كانت قيمة الامة كدية الحرة او اكثر) يعني ان من قتل عبدا خطأ تجب عليه قيمته ولا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم او اكثر يقضي لوليه بعشرة آلاف درهم الا عشرة دراهم وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية يقضي بخمسة آلاف الا عشرة في اظهر الروايتين وفي رواية الا خمسة هذا عند الطرفين وقال ابو يوسف والشافعي تجب قيمة العبد والامة بالغة ما بلغت لما روى عن عمر وعلي وابن عمر رضي الله تعالى عنهم انهم اوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت وبه قالت الائمة الثلاثة * ولهما قوله تعالى « ودية مسلمة الى اهله » فانه اوجبها مطلقا من غير فصل بين ان يكون حرا او عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية وهو آدمي فيدخل في النص (وفي الغصب تجب القيمة بالغة ما بلغت) يعني اذا هلك العبد في يد الغاصب فتجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لان ضمان الغصب يكون باعتبار المالية لا باعتبار الآدمية (و) كل (ما قدر من دية الحر قدر من قيمة الرقيق) لان القيمة في الرقيق كالدية في الحر لانها بدل الدم (ففي يده) اي يد الرقيق (نصف قيمته) كما ان في يد الحر نصف ديته (ولا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة) لان اليد من الآدمي نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لدنو مرتبته عن مرتبة الحر * وقيل يضمن في الاطراف بحسابه بالغة ما بلغت ولا ينقص منه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وهو الصحيح كما في الدرر * وفي العناية وقوله لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة اي لا يزاد على هذا المقدار * قال في النهاية هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية فانه ذكر في المبسوط فاما طرف المملوك فقد بينا ان المعتبر فيه المالية لانه لا يضمن

(بالقصاص)

بالقصاص ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة مابلغت الا ان محمدا قال في بعض الرواية ان الاخذ بهذا القول يؤدي الى انه يجب بقطع طرف العبد فوق مايجب بقتله الى ان قال فلهذا لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف الا خمسة انتهى* وفي التنوير وتجب حكومة عدل في لحيته قال في شرحه وهو رواية الاصل لان المقصود من العبد الخدمة لا الجمال وروى الحسن عن الامام انه يجب كمال القيمة لان الجمال في حقه مقصود ايضا وفي المجتبى حلق رأس عبد فلم ينبت قال الامام ان شاء المولى دفعه اليه واخذ قيمته وان شاء تركه (ومن قطع يد عبد عمدا فاعتق فسرى) الى القتل (اقتص منه ان كان وارثه سيده فقط والا) اي بان كان له ورثة غير سيده (فلا) يقتص هذا عند الشيخين (وعند محمد لا قصاص اصلا) اي سواء كان وارثه سيده فقط او لم يكن بل كان له ورثة غيره (وعليه) اي على القاطع (ارش اليد وما نقص الى حين العتق) اي مانقصه القطع الى ان اعتقه وانما لم يجب القصاص فيما اذا كان له ورثة سواه لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون الحق للورثة فيتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى اذ الكلام فيما اذا كان للعبد ورثة اخرى سوى المولى واجتمعهما لا يزل الاشتباه لان الملك يثبت لكل واحد منهما في احدى الحالتين ولا يثبت على الدوام فيهما فلا يكون الاجتماع مفيدا ولا يقاد باذن كل واحد منهما لصاحبه لان الاذن انما يصح اذا كان الآذن مالك ذلك بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل لان ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه (ومن قال لعبديه احدكما حر فشجا) اي العبدان بان شجهما آخر (فبين) المولى العتق (في احدهما) بعد الشج (فارشهما) اي ارش شجة ذينك العبدين (له) اي للمولى لان العتق لم يكن نازلا في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة (وان قتلا) على صيغة المجهول قبل التعيين ثم بين المولى العتق في احدهما (وله) اي للمولى (دية حر وقيمة عبد) ان كان (القاتل واحدا) لا قيمة عبدين ولا دية حرين والفرق ان البيان انشاء من وجه واظهار من وجه على ما عرف في اصول الفقه فاعتبر انشاء في حق المحل وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبر اظهارا محضا فيكون احدهما حرا بيقين حين الموت فيكون الكل نصفين بين المولى والورثة لعدم الاولوية وان اختلف قيمتهما يجب على القاتل نصف قيمة كل واحد منهما هذا اذا قتلا معا او قتلهما واحد على التعاقب تجب عليه قيمة الاول للسيد ودية الآخر لوارثه اذ بقتل احدهما تعين العتق بالضرورة لمن اخر (وان قتل كلا) اي كل واحد منهما (واحد فقيمة العبدين) اي اذا قتل اثنان كلا من العبدين ولم يدر اولهما او قتلا معا تجب على كل قاتل قيمة عبد قتله لان العتق المبهم لا يتعين الا بالبيان وهو لا يتصور بعد الموت فلا يحكم بعتق واحد منهما (ومن فقأ عيني عبد فان شاء سيده دفعه) اي العبد (اليه) اي الى الفاقئ (واخذ قيمته او) ان شاء (امسكه) اي العبد (ولا شيء له) اي للمولى هذا عند الامام (وعندهما) ان شاء دفع العبد واخذ قيمته وان شاء امسكه لكن (ان امسكه فله) اي للمولى (ان يضمنه) اي الفاقئ (نقصانه) اي

نقصان قيمة العبد* لهما انه فى الجناية بمنزلة المال فاوجب ذلك تخيير المولى على الوجه المذكور كما فى سائر الاموال وله ان المالية وان كانت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفى الاطراف ومن احكام الادمية ان لا ينقسم الضمان على الجزء الفائت والقائم بل يكون بازاء الفائت لا غير ولا يملك الجثة ومن احكام المالية ان ينقسم على الجزء الفائت والقائم فقلنا بانه لا ينقسم اعتبارا للآدمية ويملك الجثة اعتبار اللآدمية وهذا اولى مما قالاه لان فيما قالاه اعتبار جانب المالية فقط

فصل

(وان جنى مدبر اوام ولد ضمن السيد الاقل من القيمة ومن الارش) اذلاحق لولى الجناية فى اكثر من الارش ولا منع من المولى فى اكثر من القيمة ولا يثبت الخيار بين الكثير والقليل فى متحد الجنس لاختياره الاقل بلا شبهة (فان جنى) اى كل واحد من المذكورين جناية (اخرى) فعند الامام (شارك ولى) الجناية (الثانية ولى) الجناية (الاول فى القيمة ان دفعت) اى القيمة (اليه) اى الى ولى الاولى (بقضاء) ولا يطالب ولى الثانية من المولى شيأ لانه لا تعدى من المولى بدفعها الى ولى الجناية الاولى لانه مجبور على الدفع بالقضاء فيتبع ولى الجناية الثانية ولى الجناية الاولى فيشاركه فيها ويقتسمانه على قدر حقهما (والا) اى وان لم يدفع المولى القيمة الى ولى الجناية الاولى بقضاء بل برضاء (فان شاء) اتبع ولى الثانية (ولى) الجناية (الاولى وان شاء اتبع المولى) لان جناية المدبر وام الولد انما توجب قيمة واحدة فاذا دفعها الى الاول باختياره صار متعديا فى حق الثانى لان حصته وجبت عليه وليس له ولاية عليه حتى ينفذ هذا الدفع فى حقه واذا لم ينفذ دفع المولى فى حق الثانى فالثانى بالخيار ان شاء اتبع ولى الاولى لانه تبين انه قبض حقه ظلما فصار به ضامنا فيأخذ حقه منه وان شاء اتبع المولى لانه تعدى بدفع حقه اختيارا منه لا جبرا بخلاف ما لو كان بقضاء القاضى على ما بين آنفا هذا عند الامام (وعندهما يتبع ولى) الجناية الثانية (ولى الاولى بكل حال) اى سواء كان دفع المولى بقضاء القاضى او برضائه ولا شئ على المولى لان ما فعله باختياره بمنزلة ما فعله بالقضاء لانه ايصال حق الى مستحقه ولم تكن الجناية الثانية موجودة حينئذ حتى يجعل متعديا بالدفع (وان اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لا يلزمه الا قيمة واحدة) لان دفع القيمة فيه كدفع العين ودفع العين لا يتكرر فكذا ما قام مقامه وام الولد كالمدبر فى جميع ما ذكر من الاحكام (وان اقر المدبر بجناية خطأ لا يلزمه شئ فى الحال ولا بعد عتقه) لان موجب جناياته على المولى لا على نفسه واقراره على المولى غير نافذ

باب غصب العبد والصبى والمدبر والجناية فى ذلك

لما ذكر حكم المدبر فى الجناية ذكر فى هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به (ولو قطع سيد يد عبده فغصب) اى العبد بان غصبه آخر (فمات من القطع فى يد الغاصب ضمن) الغاصب (قيمته) اى العبد (مقطوعا) لان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فيجب قيمته اقطع (وان قطع سيده) اى العبد يده (عند الغاصب فمات) من القطع (برئ الغاصب) من الضمان لان السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا وكيف لا يكون كذلك وقد استولى عليه بحيث قطع

يده وهو استرداد فبرئ الغاصب من الضمان (ولو غصب) عبد (محجور) عبدا (محجورا مثله فات) المغصوب (في يده) اى الغاصب (ضمن) لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله وهذا منها فيضمن حتى لو ثبت الغصب بالبينة يباع فيه بالحال بخلاف اقواله حتى لو اقر بالغصب لا يباع بل يؤاخذ به بعد العتق (ولو غصب) على صيغة المفعول (مدبر فجنى) ذلك المدبر (عند غاصبه ثم رده الى مولاه فجنى (عند سيده او بالعكس) بان جنى عند سيده جناية ثم جنى عند غاصبه جناية اخرى (ضمن سيده قيمته لهما) اى لولى الجنايتين فيكون بينهما نصفين لان جناية المدبر وان كثرت قيمة واحدة وانما كانت القيمة بينهما نصفين لاستوائهما في السبب (ورجع) السيد (بنصفها) اى بنصف القيمة التي ضمنها (على الغاصب) لانه ضمن القيمة بالجنايتين نصفها بسبب كان عند الغاصب ونصفها بسبب آخر وجد عنده فيرجع على الغاصب بالسبب الذى لحقه من جهة الغاصب فصار كأنه لم يرد نصف العبد (ودفعه الى رب) الجناية (الاولى في الصورة الاولى) وهى ما اذا جنى المدبر عند غاصبه ثم عند مولاه (ثم رجع به ثانيا عليه) اى على الغاصب لان حق الاولى في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثانى فاذا وجد الاول شيأ من بدل العبد في يد المولى فارغا يأخذه ليتم حقه فاذا اخذه منه يرجع المولى ثانيا بما اخذه منه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان عند الغاصب وهذا عند الشيخين (وعند محمد لا يدفعه) اى نصف القيمة الذى رجع به على الغاصب لولى الجناية الاولى بل هو مسلم للمولى اذ هو عوض ما اخذه ولى الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدى الى اجتماع البدل والمبدل منه في ملك شخص واحد (ولا يرجع ثانيا) لان الذى يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولى الجناية الاولى فلا يرجع كيلا يتكرر الاستحقاق (وفي الصورة الثانية) وهى ما اذا جنى المدبر عند مولاه جناية ثم عند غاصبه اخرى (يدفعه) اى يدفع المولى ما رجع به على الغاصب الى ولى الجناية الاولى (ولا يرجع) المولى على الغاصب (ثانيا) بما دفعه الى ولى الجناية الاولى (بالاجماع) لان الجناية الاولى صدرت من المدبر وهو في يد المولى (والقن في الفصلين) اى فيما اذا جنى عند غاصبه ثم عند مولاه (كالمدبر الا) ان الفرق بينهما (انه) اى المولى (يدفعه) اى القن نفسه (وفي المدبر يدفع القيمة) اى قيمة المدبر (و حكم تكرار الرجوع والدفع كما في المدبر اختلافا واتفاقا) فانه اذا دفع القن اليهما رجع بنصف قيمته على الغاصب وسلم للمالك عند محمد وعندهما لا يسلم بل يدفعه الى الاول واذا دفعه اليه يرجع في الفصل الاول على الغاصب ثانيا وفي الفصل الثانى لا يرجع (ولو غصب رجل مدبرا مرتين فجنى) المدبر (عنده) اى عند الغاصب (في كل منهما) اى في كل من المرتين (غرم سيده قيمته لهما) اى لولى الجنايتين (ورجع بها على الغاصب ودفع نصفها) اى القيمة (الى ولى) الجناية (الاولى ورجع به) اى بالنصف (عليه) اى على الغاصب (ثانيا اتفاقا) وصورة المسئلة انه غصب رجل مدبرا فجنى عنده خطأ ثم رده على المولى فغصبه ثانيا ثم جنى ذلك المدبر عنده مرة اخرى يضمن المولى قيمة المدبر لولى الجنايتين بان يجعل القيمة نصفين لمنعه رقبته بالتدبير

فيجب عليه قيمة واحدة بدل الرقبة ثم يرجع بتلك القيمة على الغاصب لحصول كل من الجنايتين عنده ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف السابق كالمسئلة الاولى وقيل على الاتفاق والى القول بالاختلاف اشار بقوله (وقيل فيه خلاف محمد) والفرق لمحمد ان في الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الاولى لان الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا تكرر الاستحقاق اما في هذه المسئلة يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكر (ومن غصب صبيا حرا) اى ذهب به بغير اذن وليه وذكره بلفظ الغصب مشاكلة اذ الغصب لا يتحقق الا في الاموال والحر ليس كذلك (فمات) اى الصبي (في يده) اى في يد الذاهب به (فجاءة او بحمى فلا شئ عليه وان) مات (بصاعقة او نهش حية فعلى عاقلته) اى الذاهب (ديته) اى دية الصبي استحسانا والقياس ان لا يضمن وهو قول زفر والشافعي لان الغصب في الحر لا يتحقق * وجه الاستحسان ان ضمانه ليس لكونه غاصبا بل لتسببه لاتلافه بنقله الى مكان فيه الصواعق والحيات بخلاف الموت فجاءة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى مكان تغلب فيه الحمى والامراض كالطاعون وغيره فانه يضمن وتجب الدية على العاقلة لقتله بالنقل تسببا * قال في الغاية فان قيل فما حكم الحر الكبير اذا نقل الى هذه الاماكن تعديا فاصابه شئ من ذلك اجيب حكمه ان ينظر اذا كان الناقل قيده ولم يمكن التحرز عنه ضمن لان المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما فعل به فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع تمكنه من الحفظ كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحر الصغير حكم حر الكبير المقيد حيث لا يمكنه حفظ نفسه انتهى (ولو قتل صبي عبدا مودعا عنده ضمن عاقلته) يعني اودع مولى العبد عبده عند صبي فقتله ذلك الصبي ضمن عاقلة الصبي قيمة العبد (وان اكل) الصبي (طعاما او اتلف مالا اودع عنده فلا ضمان) عند الطرفين (خلافا لابي يوسف) والشافعي لانه اتلف مالا معصوما متقوما حقا للمالك فيجب عليه ضمانه ولهما ان المال غير العبد ليس بمعصوم لنفسه بل معصوم لحق المالك وقد فوت العصمة على نفسه حيث وضع ماله في يد الصبي بخلاف العبد فان عصمته لحق نفسه اذ هو مبقى على الحرية في حق الدم فلهذا قلنا بضمان العاقلة قيمة العبد (ولو اودع) على صيغة المجهول (عند عبد محجور مال فاستهلكه) اى المال (ضمن) العبد (بعد العتق لا في الحال) عند الطرفين (خلافا له) اى لابي يوسف فانه يؤاخذ به في الحال عنده (والاقراض والاعارة كالايداع فيهما) اى في العبد والصبي والدليل من الجانبين ما مر آنفا (والمراد بالصبي العاقل) كما شرطه محمد في الجامع الصغير وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي عمره اثني عشر سنة وذلك دليل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر فيه وفعله معتبر ولهذا قال (وفي غير العاقل يضمن المال ايضا بالاتفاق كما يضمن العاقل ايضا مالا اتلفه بلا ايداع ونحوه) بالاتفاق لما بينا ان التسليط فيه غير معتبر لعدم عقله وفعله معتبر فلهذا قلنا بالضمان

باب القسامة

لما كان امر القتيل في بعض الاحوال يؤول الى القسامة اوردها في آخر الديات في باب على حدة

وهى فى اللغة اسم وضع موضع الاقسام* وفى الشرع ايمان يقسم بها اهل محلة او دار وجد فيها قتيل به جراحة او اثر ضرب او خنق ولا يعلم من قتله يقسم خمسون رجلا من اهل المحلة يقول كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا* وسببها وجود القتيل كما ذكرنا* وركنها اجراء اليمين على لسان كل واحد من الخمسين بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا كما سيجئ* وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته وان يكون الميت الموجود على الكيفية المذكورة وتكميل اليمين خمسين فان لم يبلغ المقسمون هذا العدد يكرر عليهم اليمين حتى يبلغ الخمسين وحكمها القضاء بوجوب الدية بعد الحلف والحبس الى الحلف ان ابوا اذا ادعى الولى العمد والحكم بالدية عند النكول ان ادعى الولى القتل خطأ ومن محاسنها اخطار الدماء وصيانتها عن الاهدار وخلاص من يتهم بالقتل عن القصاص* وتعيين الخمسين ثبت بالاحاديث المشهورة الواردة فى باب القسامة (اذا وجد ميت فى محلة به) اى بالميت (اثر القتل من جرح او خروج دم من اذنه او عينه) لانه لا يخرج الدم منهما عادة الا من شدة الضرب فيكون قتيلا ظاهرا فيجرى عليه احكامه (او اثر خنق او) اثر (ضرب ولم يدر قاتله) اذ لو علم قاتله سقطت القسامة من اهلها (وادعى وليه قتله) اى الميت (على اهلها) اى على اهل المحلة كلهم (او بعضهم) عمدا او خطأ (ولا بينة له) اى للولى (حلف) على صيغة المفعول جواب اذا (خمسون رجلا منهم) اى من اهل المحلة (يختارهم الولى) صفة خمسون وانما كان الاختيار للولى لان اليمين حقه سواء اختار من يتهمه بالقتل كالفسقة او الشبان او صالحى اهل المحلة لتحرزهم عن اليمين الكاذبة اكثر مما يتحرزه الفسقة فاذا علموا القاتل فيهم اظهروه ولم يحلفوا* ولو اختار فى القسامة اعمى او محدودا فى قذف جاز لان هذه يمين وليست بشهادة فيعتبر اهلية اليمين بخلاف اللعان لانه شهادة وهما ليسا باهل للشهادة (بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا) فقوله بالله متعلق بحلف وقوله ما قتلناه وارد على سبيل الحكاية عن الجمع والا فعند الحلف يحلف كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا ولا يجمع معه غيره فى اسناد نفى القتل لانه يجوز ان يكون قاتلا وحده وينوى بلفظ الجمع ان يكون قاتلا مع الجماعة وكذا العلم فانه يجوز ان يكون عالما بالقتل وحده وينفى ان يكون غيره عالما به* فان قيل اى فائدة فى قوله ما علمت له قاتلا مع ان شهادة اهل المحلة غير مقبولة* قلنا فائدته تعيين محل الخصومة فان الولى قد يعجز عن تعيينه وقد يظن غير القاتل قاتلا (ثم قضى) على صيغة المجهول (على اهلها) اى المحلة (بالدية) لوجود القتيل بينهم* والاصل فى ذلك ما روى ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى عليه السلام كتب الى اهل خيبر ان هذا قتيل وجد بين اظهركم فما الذى يخرجه عنكم فكتبوا اليه ان مثل هذه الحادثة وقعت فى بنى اسرائيل فانزل الله على موسى امرا فان كنت نبيا فاسئل الله مثل ذلك فكتب اليهم ان الله تعالى ارانى ان اختار منكم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ثم يغرمون الدية قالوا لقد قضيت فينا بالناموس اى بالوحى (ومانم خلقه كالكبير) اى اذا وجد سقط او جنين تام الخلق به اثر من الآثار المذكورة فهو كالكبير فى الاحكام المذكورة لان تمام الخلق ينفصل حيا ظاهرا وان كان ناقص الخلق فلا شئ عليهم لانه ينفصل ميتا ظاهرا (ولا يحلف الولى وكان لوث) اى

عداوة* خلافاً للشافعي فانه قال اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يميناً فان حلفوا يقضي بالدية على المدعى عليه عمداً كانت دعوى القتل او خطأ في قول وفي قول يقضي بالقود اذا كانت الدعوى في العمد وهو قول مالك* وان نكل المدعي عن اليمين حلف المدعى عليهم فان حلفوا برئوا ولا شيء عليهم وان نكلوا فعليهم القصاص في قول والدية في قول* واللوث عندهما قرينة حال توقع في القلب صدق المدعي بان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه كالدم او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهداً له حلف اهل المحلة على ما قلنا* والاختلاف في موضعين في تحليف المدعي اولاً وفي براءة اهل المحلة باليمين (فان نقص اهلها) اي اهل المحلة (من الخمسين كررت اليمين عليهم الى ان يتم) خمسون لان اليمين واجب بالنص فيجب اتمامها ما امكن* ولا يشترط معرفة الحكمة في هذا العدد الثابت بالنص* وقد روي عن عمر رضي الله عنه* انه قضى بالقسامة وعنده تسعة واربعون رجلاً فكرر اليمين على رجل منهم ليتم به خمسون ثم قضى بالدية* وعن شريح والنخعي مثله (ومن نكل) منهم عن اليمين (حبس حتى يحلف) لان اليمين واجبة فيه تعظيماً لامر الدم ولهذا يجمع فيه بين اليمين والدية بخلاف النكول في الاموال هذا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة او على بعض منهم غير معين والدعوى في العمد والخطأ سواء ولو ادعى على واحد منهم بعينه انه قتل عمداً او خطأ فكذلك الحكم على ما ذكر في المبسوط* وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول انه تسقط القسامة والدية عن الباقين في القياس كما لو ادعى على واحد من غيرهم* وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لاطلاق النصوص (ومن قال منهم) اي من المستحلفين (قتله فلان استثناء) ضمير الفاعل عائد الى من وضمير المفعول الى فلان (في يمينه) بان يقول بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلاً الا فلاناً لانه قد يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله قتله فلان فلا يقبل قوله فيحلف كما ذكرنا (وان ادعى الولي القتل على غيرهم) اي على رجل من غير اهل المحلة (سقطت) القسامة (عنهم) اي عن اهل المحلة* اما اذا ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه لا تبطل القسامة والدية عن اهلها وعن الامام في رواية يكون ذلك ابراء منه لاهل المحلة كما في الخانية (ولا تقبل شهادتهم) اي اهل المحلة (به) اي بالقتل (على غيرهم) اي على غير اهل المحلة الذي ادعى الولي القتل عليه* هذا عند الامام (خلافاً لهما) لبراءتهم من التهمة بادعاء الولي القتل على غيرهم كالوصي اذا خرج عن الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد لا تقبل شهادته واصله ان من صار خصماً في حادثة لا تقبل شهادته فيها ومن كان بعرضة ان يصير خصماً ولم ينتصب خصماً بعد تقبل شهادته وهذان الاصلان متفق عليهما عند الكل غير انهما يجعلان اهل المحلة ممن له عرضة ان يصير خصماً وهو يجعله ممن انتصب خصماً* وعلى هذين الاصلين يتخرج كثير من المسائل* فمن ذلك الوكيل بالخصومة اذا خاصم عند الحاكم ثم عزل لا تقبل شهادته* والشفيع اذا طلب الشفعة ثم تركها لا تقبل شهادته بالبيع اما اذا لم يخاصم الوكيل ولم يطلب الشفعة الشفيع فتقبل شهادتهما لكونهما

(في)

فى مرضة الخصومة * وفى الذخيرة اذا وجد القتيل فى محلة وادعى اهل المحلة ان فلانا قتله دونهم واقاموا على ذلك بينة من غير محلتهم جازت الشهادة وتثبت لهم البراءة عن القسامة والدية * ادعى ولى القتيل ذلك اولم يدع بخلاف ما اذا عينوا رجلا من اهل المحلة فان الدية والقسامة على اهل المحلة فى الشرع على حالها ولم يتضمن ذلك براءتهم * وروى عن الطرفين القسامة تسقط * وفى التبيين ودعوى الولى على واحد من غير اهل المحلة تسقط القسامة منهم وعلى معين منهم لا * هذا ان ادعى الولى اما اذا ادعى المجروح فقال قتلنى فلان ثم مات واقام وارثه بينة على رجل آخر انه قتله لاتقبل بينته (ولا) تقبل شهادة اهل المحلة (على بعضهم ان ادعاه) اى الولى (اجماعا) لان الخصومة قائمة مع الكل للامر انهم كانوا خصماء فى هذه الحادثة وبالشهادة تقطع الخصومة عن نفسه فكان متهما فى هذه الشهادة فلا تقبل شهادته * وفى رواية عن ابى يوسف انها تقبل فكان الاولى ترك قوله اجماعا (ووجود اكثر البدن او نصفه مع الرأس) فى المحلة (كوجود كله) لان هذا قتيل وجد فى محلة فللاكثر حكم الكل (ولا قسامة على صبى و) لا على (مجنون) لان اليمين يجرى على قول صحيح ولا يجرى منهما قول صحيح على قاتل (و) لا على (امرأة و) لا على (عبد) حيث لم يكونا من اهل النصرة واليمين على اهلها الا اذا جعل كل منهما قاتلا (ولا قسامة ولا دية فى ميت لا اثر به) من الضرب (او يخرج الدم من فمه او انفه او دبره او ذكره) لان الدم يسيل فى هذه المواضع بعلة فلا يكون قتيلا لان القتيل عرفا هو فائت الحياة بسبب مباشرة الحى عادة والقسامة شرعت فى المقتول وهو انما بان الميت حتف انفه بالاثر فمن لا اثر له فهو ميت فلا حاجة بنا الى صيانة دمه عن الهدر ومن به اثر فهو مقتول وبنا حاجة الى صيانة دمه عن الهدر وذا بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا خرج الدم من عينه او اذنه لان الدم لا يخرج منهما عادة الا بجرح فى الباطن (او وجد) فى محلة (اقل من نصفه ولو) كان الاقل (مع الرأس او) وجد (نصفه مشقوقا بالطول) او وجد يده او رجله او رأسه فلا شئ عليهم فيه لان الموجود ليس بقتيل اذ الاقل ليس كالكل ولان هذا يؤدى الى تكرار القسامة والدية فى قتيل واحد فانا لو اوجبنا بوجود النصف فى هذه المحلة القسامة والدية على اهلها لم نجد بدا من ان توجب اذا وجد النصف الاخرى فى محلة اخرى القسامة والدية على اهلها وتكرار القسامة والدية فى قتيل واحد غير مشروع والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقى تجرى فيه القسامة لاتجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقى لاتجرى فيه القسامة تجب والمعنى ما بينا (وان وجد) القتيل (على دابة يسوقها) اى الدابة (رجل فالدية على عاقلته) اى عاقلة السائق سواء كان السائق مالكا للدابة او غير مالك لا على اهل المحلة لانه فى يده لا فى ايديهم (وكذا) اى يضمن عاقلة القائد او عاقلة الراكب (لو كان يقودها او راكبها) لانه فى يده فصار كما اذا كان فى داره (وان اجتمعوا) اى السائق والقائد والراكب (فعليهم) اى تجب الدية عليهم لانه فى ايديهم فصار كما اذا وجد فى دارهم ولا يشترط ان يكونوا مالكين للدابة بخلاف الدار والفرق ان تدبير الدابة اليهم وان لم يكونوا مالكين لها وتدبير الدار الى مالكها وان لم يكن ساكنا فيها

وقبل القسامة والدية على هذا الافرق بينها وبين الدار (وان وجد) قتيل (على دابة بين قريتين فعلى اقربهما) اى اقرب القريتين الى القتيل الذى وجد على ظهر الدابة التى مرت بين القريتين لما روى انه عليه السلام امر فى قتيل وجد بين قريتين بان يذرع فوجد اقرب الى احدهما بشبر فقضى عليهم بالقسامة والدية واشترط سماع الصوت من القريتين ولم يقيده المصنف هنا بهذا القيد تبعا للكنز قال شارحه الزيلعى هذا محمول على ما اذا كانوا بحيث يسمع منهم الصوت واما اذا كانوا بحيث لا يسمع منهم الصوت فلاشئ عليهم لانه اذا كانوا بحيث يسمع منهم الصوت يمكنهم الغوث فينسبون الى التقصير فى النصرة وان كانوا بحيث لا يسمع منهم الصوت فلا ينسبون الى التقصير فى النصرة اه * وقد صرح بهذا القيد فى الولوالجية حيث قال ولو وجد القتيل بين القريتين ينظر الى ايهما اقرب وانما تجب القسامة والدية على اقرب القريتين اذا كان بحال يسمع منه الصوت اما اذا كان بحال لا يسمع منه الصوت لا يجب على واحدة من القريتين و يراعى حال المكان الذى وجد فيه القتيل ان كان مملوكا تجب القسامة على الملاك والدية على عاقلتهم وان كان مباحا لكنه فى ايدى المسلمين تجب الدية فى بيت المال وفيها ايضا لو وجد قتيل فى ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهل القرية فهو على صاحب الارض لان العبرة للملك والولاية (وان وجد) قتيل (فى دار نفسه فعلى عاقلته) اى تجب الدية على عاقلة القتيل او رثته عند الامام (وعندهما لاشئ فيه) لانه لما وجد قتيلا فى دار نفسه جعل كانه قتل نفسه ومن قتل نفسه يهدر دمه * وقال الامام انما وجبت الدية على عاقلته لانه لو وجد غيره قتيلا فى ذلك الموضع كانت الدية على عاقلته لان السبب وجود القتيل فى ذلك المكان كما نص عليه عمر رضى الله عنه وحين وجد قتيلا كانت الدار مملوكة لورثته لا له لانه ميت ليس من اهل الملك فلهذا كانت الدية على عاقلته (وان وجد) اى القتيل (فى دار انسان فعليه) اى على ذلك الانسان (القسامة) لان التدبير فى حفظ الملك الخاص الى المالك (وعلى عاقلته الدية) لان نصرته وقوته بهم (وان كانت العاقلة حضورا يدخلون فى القسامة ايضا) اى كصاحب الدار عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) فانه قال لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص بها من غيره فلا يشاركه غيره فى القسامة كاهل المحلة فانه يشاركهم عواقلهم فيها * ولهما ان الحضور الزمهم نصرة الموضع كما يلزم رب الدار فيشاركونه فى القسامة (والا) اى وان لم تكن العاقلة حضورا بل كانوا غائبين (كررت) الايمان (عليه) اى على رب الدار ووجبت الدية على العاقلة لما تقدم (والقسامة على الملاك دون السكان) عند الطرفين يعنى اذا كان فى المحلة سكان وملاك فالقسامة على الملاك عندهما (وعند ابى يوسف على الجميع) لان ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى ولانه عليه السلام قضى بالقسامة والدية على اهل خيبر وقد كانوا سكانا ولان وجوبهما عليهم لالتزامهم الحفظ او لوجود القتيل بينهم والكل فى ذلك سواء وان كانوا ينتقلون الى اهليهم بالليل مثل الخياط والصباغ يكونون بالنهار فى موضع وينصرفون الى اهليهم بالليل فلا شئ عليهم ولهما ان التدبير فى حفظ المحلة الى الملاك دون السكان لان السكان ينتقلون فى كل وقت من

محلة الى محلة دون الملاك ولان مايكون من الغنم وهو الشفعة يختص به الملاك فكذا مايكون من الغرم واما اهل خيبر فكانوا املاكا لاسكانا * الملاك هم اصحاب الرقبة والسكان هم المستأجرون والمستعيرون والمودعون والمرتهنون * واذا وجد الضيف فى دار المضيف قتيلا فهو على رب الدار عند الامام وقال ابو يوسف ان كان نازلا فى بيت على حدة فلا دية ولا قسامة واذا كان مخالطا فعليه الدية والقسامة والفتوى اليوم على قول ابى يوسف (وهى) اى القسامة (على اهل الخطة) اى اصحاب الاملاك القديمة الذين تملكوها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين (ولو بقى منهم) اى من اهل الخطة (واحد دون المشترين) هذا عند الطرفين (وعنده) اى عند ابى يوسف (على المشترين ايضا) لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ * ولهذا جعلوا مقصرين وولاية الحفظ باعتبار الكون فيها وقد استووا فصار كالدار المشتركة بين واحد من اهل الخطة وبين المشترى ولو كان للخطة تأثير فى التقدم لما شاركه المشترى * ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بتدبير المحلة والمحلة تنسب اليه دون المشترين وقلما يزاحمه المشترى فى التدبير والقيام بحفظ المحلة فكان هو المختص بالقسامة ووجوب الدية دون المشترى * وقيل انما اجاب الامام بهذا بناء على ماشاهده من عادة اهل الكوفة فى زمانه ان اصحاب الخطة فى كل محلة يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون فى ذلك (وان لم يبق من اهل الخطة احد فعلى المشترين بالاتفاق) اى اذا لم يبق من اهل الخطة احد بان باعوا كلهم فالقسامة والدية على المشترين لانه زال من يتقدمهم او يزاحمهم فانتقلت الولاية اليهم عندهما * وعند ابى يوسف حصلت لهم الولاية لزوال من يزاحمهم والفرق بين التعليلين خفى يظهر بالتأمل (وان بيعت دار ولم تقبض) فوجد فيها قتيل (فعلى البائع) اى تجب القسامة والدية على عاقلة البائع عند الامام (وعندهما على المشترى) لانه انما نزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ والملك للمشترى قبل القبض فى البيع البات فلهذا وجبت عليه القسامة والدية * وله ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك واليد قبل القبض للبائع فكان مقصرا فى الحفظ فوجبت عليه (وفى البيع بخيار على) عاقلة (ذى اليد) عند الامام (وعندهما على من يصير الملك له) لانه انما نزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ فلا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك * ولهذا لو كانت الدار وديعة تجب الدية على صاحب الدار دون المودع * وما شرط فيه الخيار يعتبر فيه قرار الملك * وله ان الحفظ انما يكون فى الايدى لانه يقدر على الحفظ باليد بدون الملك ولا يقدر عليه بالملك بدون اليد * والحاصل انه اعتبر اليد وهما اعتبرا الملك ان وجد والا فيتوقف على قرار الملك (ولا تدى عاقلة ذى اليد الا بحجة انها) اى الدار (له) يعنى اذا كانت دار فى يد رجل فوجد فيها قتيل لا تعقله عاقلته حتى يشهد الشهود انها لصاحب اليد واليد وان كانت تدل على الملك الا انها تحتمله فلا تكفى لايجاب الضمان على العاقلة كما لا تكفى لاستحقاق الشفعة فى الدار المشفوعة لان ما ثبت بالظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ويصلح للدفع كما عرف فى الاصول * ولا فرق فى ذلك بين ان يكون القتيل الموجود فيها هو صاحب الدار او غيره (وان وجد) اى القتيل (فى دار مشتركة سهاما

مختلفة) بان كان نصفها لرجل وعشرها لآخر ولآخر مابقى (فالقسامة والدية على الرؤس) لان هذا الحكم مضاف الى ولاية الحفظ وعند التقصير فيه يثبت احكام القتل بدلالة الملك وولاية الحفظ ثابتة لهم على السواء والدلالة واحدة لايختلف اثرها بتفاوت الملك فكان على عدد الرؤس كالشفعة (وان وجد) اى القتيل (في سفينة فعلى من فيها) اى في السفينة (من الملاحين والركاب) جمع راكب اى تجب القسامة والدية على من كان في السفينة من اربابها وسكانها *المالك وغير المالك في ذلك سواء لانهم في تدبيرها سواء اذا حزبهم امر اما على مذهب ابي يوسف فظاهر لتسويته في الدار بين السكان والملاك* واما على قولهما فلان السفينة تنقل وتحول فتكون في اليد حقيقة فانها مركب كالدابة (وان وجد في مسجد محلة فعلى اهلها) لانهم احق الناس بالتدبير فيه (وان) وجد القتيل (بين قريتين فعلى اقربهما) اى القريتين الى القتيل لما روينا سابقا (وان) وجد (في سوق مملوك فعلى المالك) عند الامام (وعند ابي يوسف على السكان) سواء كانوا ملاكا او غير ملاك * قال صاحب التسهيل اقول ينبغي ان يشارك الملاك السكان عند ابي يوسف كما في مسئلة الدار (وفي غير المملوك) من الاسواق (كالشوارع) جمع شارع وهو الطريق الاعظم (على بيت المال) اى تجب الدية على بيت المال بدون قسامة لان المقصود بالقسامة نفي تهمة القتل وهذا لايتحقق في حق العامة* وفي الدرر اعلم ان الطريق ينقسم ابتداء الى قسمين احدهما طريق خاص وهو مايختص بواحد او اكثر ويكون له مدخل لامخرج والآخر طريق عام وهو مالايختص بواحد او اكثر ويكون له مدخل ومخرج ويسمى هذا بالشارع وهو ايضا قسمان احدهما شارع المحلة وهو مايكون المرور فيه اكثر لاهل المحلة وقد يكون لغيرهم ايضا وهذا ماقال في الينابيع وفي مسجد محلة على اهلها كما لو وجد في شارع المحلة والآخر الشارع الاعظم وهو مايكون مرور جميع الطوائف فيه على السوية كالطرق الواسعة في الاسواق وخارج البلدان وهذا ماقال صاحب الهداية* ومن وجد في الجامع والشارع الاعظم فلا قسامة فيه *وهكذا يجب ان يعلم هذا المقام حتى تندفع الشبهة وتضمحل الاوهام انتهى *وقال صاحب النهاية في شرح قول صاحب الهداية وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة فعلى بيت المال انما اراد بها ان تكون نائية عن المحال واما الاسواق التي تكون في المحال فهي محفوظة بحفظ اهل المحلة فتكون القسامة والدية على اهل المحلة انتهى * وقال الزيلعي وفي الجامع والشارع لاقسامة والدية على بيت المال لان التدبير في مسجد المحلة اليهم والجامع والشارع للعامة ثم قال بخلاف الاسواق المملوكة لاهلها والتي في المحال والمساجد التي فيها حيث يجب الضمان فيها على اهل المحلة او على الملاك على الاختلاف الذي هنا لانها محفوظة بحفظ اربابها او بحفظ اهل المحلة اه ونحوه في البزازية وقد افتى بعض الفضلاء بوجوب القسامة والدية على اقرب المحلات وقال وانما يكون على بيت المال فيما اذا كان الشارع نائيا عن المحلات نص على ذلك في شروح الهداية وعامة كتب الفتاوى اهو انما اطنبنا الكلام في هذا المقام لما يفهم من اطلاق المتون ان الدية فيما ذكر على بيت المال من غير تقييد بالبعد عن المحلات ولا بد من اعتبار هذا التقييد كما هو اكثر المعتبرات

وكذا يجب الدية على بيت المال (ان وجد) القتيل (في المسجد الجامع) لانه للعامة لا يختص به واحد دون واحد (وكذا ان وجد في السجن) عند الطرفين (وعند ابي يوسف على اهل السجن) لهما ان اهل السجن مقهورون في السكون في ذلك الموضع فقلما يقومون بحفظه والتدبير فيه ثم ذلك الموضع معد لمنفعة المسلمين فدية القتيل الموجود فيه تكون على بيت المال وابو يوسف اعتبر كونهم سكانا وهم الذين يقومون بتدبير ذلك الموضع ماداموا فيه فالظاهر ان القتل حصل منهم * قالوا وهذا الاختلاف بناء على مسئلة الملاك والسكان كذا في الكافي (وان) وجد (في برية) بكسر الراء وتشديد الياء الصحراء (ليس بقربه) هكذا في عامة النسخ بضمير المذكر فان صح يكون التذكير باعتبار الموضع او المكان والجملة صفة لبرية (قرية يسمع منها) اي القرية (الصوت) الجملة الفعلية صفة لقرية (فهو هدر) اما اذا سمع منها الصوت تكون فناء العمران وهم احق بالتدبير فيه لرعي مواشيهم الا يرى انه ليس لاحد ان يحمي ذلك الموضع بغير رضاهم واما اذا لم يسمع منها الصوت الواقع في البرية فبعد ذلك الموضع من جملة الموات فلا يجب فيه شيء ولا يوصف اهل القرية بالتقصير لان القتل بهذه الحالة لا يلحقه الغوث بتصويته * هذا اذا لم تكن مملوكة لاحد فان كانت فالقسامة والدية على عاقلته (وكذا لو) وجد (في وسط الفرات) قال في المغرب هو نهر الكوفة * والمراد به النهر العظيم لا بخصوص نهر الفرات فكأنه قال وما يشبهه ولهذا قال في المبسوط اذا وجد القتيل في نهر عظيم يجري به الماء فلا شيء فيه وذكر الوسط ليس بقيد احترازي لان حكم الشط كحكم الوسط مادام يجري بالقتيل ماؤه (وان) وجد (محتبسا بالشط) اي جانب النهر (فعلى اقرب القرى منه) اي من الشط لان الشط في ايديهم بحيث يستقون منه ويوردون دوابهم عليه فكانوا احق بتدبيره فكان ضمان المحتبس فيه عليهم ولو كان نهرا صغيرا لقوم معروفين فالقسامة والدية عليهم لانهم احق الناس بالانتفاع بمائه سقيا لاراضيهم والتدبير في كريه واجزاء الماء منه اليهم فكان بمنزلة المحلة والنهر الصغير ما يستحق بالشركة فيه الشفعة ومالا يستحق بالشركة فيه الشفعة فهو نهر عظيم كالفرات وجيحون كذا في الكافي (وان التقى قوم بالسيوف ثم اجلوا) اي انكشفوا وتفرقوا (عن قتيل فعلى اهل المحلة) لان حفظ المحلة في مثل ذلك واجب على اهلها فحيث قصروا في الحفظ وجبت عليهم القسامة والدية (الا ان يدعي وليه) اي القتيل (على القوم) الذين التقوا واجلوا (او على واحد معين منهم فتسقط) اي القسامة والدية (عنهم) اي عن اهل المحلة لانه بدعواه جعل مبرأ لاهل المحلة عن القسامة والدية (ولا يثبت) القتل (على) اولئك (القوم) الذين التقوا واجلوا (الا بحجة) اذ بمجرد الدعوى لا يثبت الحق لقوله عليه السلام لو خلي الناس ودعواهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على من انكر (ولو وجد) اي القتيل (في معسكر) اي موضع عسكر (بارض غير مملوكة) لاحد (فان) وجد (في خباء) هو الخيمة من الصوف (او فسطاط) وهو الخيمة العظيمة (فعلى ربه) اي رب الخباء او الفسطاط (والا فعلى الاقرب) اي تجب الدية والقسامة على اهل ذلك الخباء او الفسطاط الاقربين (منه) اي من القتيل لان

المعتبر هو اليد فى الموضع الذى لاملك لاحد فيه * قالوا هذا اذا نزلوا قبائل قبائل متفرقين واما اذا نزلوا جملة مختلطين فالدية والقسامة على العسكر جميعهم لانهم لما نزلوا جملة مختلطين صارت الامكنة كلها بمنزلة محلة واحدة فيكون منسوبا اليهم كلهم فيجب غرامة ماوجد فى خارج الخيام عليهم كلهم (وان كانوا) اى العسكر (قد قاتلوا عدوا) ووجد قتيل بينهم (فلا قسامة ولا دية) عليهم لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا (وان) كانت (الارض) التى نزل بها العسكر (مملوكة) لاحد (فالعسكر كالسكان والقسامة على المالك لاعليهم) اى لا على العسكر لان المالك هو المختص بالتدبير فى ملكه وحفظ ملكه اليه كامر ان لاعبرة للسكان مع الملاك عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) فانه يوجب القسامة والدية على الملاك والسكان جميعا ودليله مذكور فيما سبق فلا حاجة الى اعادته (ومن جرح فى قبيلة ثم نقل الى اهله ولم يزل ذافراش حتى مات) من تلك الجراحة (فالقسامة) والدية (على القبيلة) التى جرح بها (عند الامام وعند ابى يوسف لاشئ فيه) لان القسامة والدية انما شرعت فى القتيل الموجود وهذا جريح ليس بقتيل فصار كالو لم يكن صاحب فراش * ولهما انه اذا كان صاحب فراش فهو مريض والمرض اذا اتصل به الموت يجعل كالميت من اول سببه فى حكم التصرفات فكذا فى حكم القسامة والدية يجعل كأنه مات حين جرح فى ذلك الموضع فامااذا لم يكن صاحب فراش فهو فى حكم التصرفات كالصحيح فكذا فى حكم القسامة والدية * وعلى هذا التخريج اذا وجد على ظهر انسان يحمله الى بيته فات بعد يوم او يومين فان كان صاحب فراش حتى مات فهو على الذى كان يحمله كالو مات على ظهره وان كان يذهب ويجئ فلاشئ على من حمله وفيه خلاف ابى يوسف وهذا لان وجوده جريحا فى يده كوجوده جريحا فى المحلة كذا فى الكافى واليه اشار بقوله (ولو) كان (مع المجروح رجل فحمل) ذلك الرجل المجروح الى اهله (ومات) المجروح (فى اهله فلا ضمان على الرجل الحامل) (عند ابى يوسف وفى قياس قول الامام يضمن) والعلة فيه من الطرفين ماسلفناه نقلا عن الكافى (ولو ان رجلين كانا فى بيت) واحد (فوجد احدهما مذبوحا ضمن الآخر ديته عند ابى يوسف خلافا لمحمد) فانه قال لايضمن لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل ان يكون قتله الآخر فلا يجب الضمان بالشك * ولابى يوسف ان الظاهر ان الانسان لايقتل نفسه فلا يعتبر هذا التوهم كما لا يعتبر اذا وجد قتيلا فى محلة (ولو وجد القتيل فى قرية لامرأة كررت اليمين عليها وتدى عاقلتها) عند الطرفين (وعند ابى يوسف على عاقلتها القسامة ايضا) كالدية لان القسامة على اهل النصرة والمرأة ليست منها فاشبهت الصبى * ولهما ان القسامة فى القتيل فى الملك باعتبار الملك نفيا لتهمة القتل والمرأة فى الملك وتهمة القتل كالرجل فى القسامة (قال المتأخرون والمرأة تدخل فى التحمل مع العاقلة فى هذه المسئلة) اى قال المتأخرون من اصحابنا ان المرأة تدخل مع العاقلة فى التحمل فى هذه المسئلة لانها حيث جعلناها قاتلة شاركت العاقلة فى الدية لانه حيث وجبت الدية على غير المباشر فعلى المباشر اولى ان يجب جزء منها (ولو وجد) اى القتيل (فى ارض رجل فى جنب قرية) صفة الارض (ليس صاحب الارض منها) اى من تلك القرية والجملة المصدرة بليس

صفة قرية (فهو) اى وجوب الدية والقسامة (على صاحب الارض) لان التدبير فى حفظ الملك الخاص الى المالك دون غيره فيجعل كان المالك هو القاتل

كتاب المعاقل

المعاقل (هى جمع معقلة) كالمفاخر جمع مفخرة من عقل يعقل عقلا وعقولا ولما كان موجب القتل الخطأ وما فى معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها وبيان احكامها فى هذا الكتاب فقال (وهى) اى المعاقل (الدية) وسميت الدية عقلا ومعقلة لانها تعقل الدماء من ان تسفك اى تمسكها وتمنعها لما يلزم عليها من وجوب الدية ويسمى العقل عقلا لمنعه صاحبه من القبائح (والعاقلة من يؤديها) اى الدية (وهم) اى المؤدون (اهل الديوان) وهم الجيش الذين كتبت اسماؤهم فى الديوان وفى القاموس والديوان بكسر ويفتح مجتمع الصحف والكتاب يكتب فيه اهل الجيش واهل العطية واول من وضعه عمر رضى الله عنه جمعه دواوين ودياوين انتهى والاصل فى ايجاب الدية على العاقلة بالخطأ وشبه العمد قوله عليه السلام لاولياء الضاربة *قوموا فدوه* (ان كان القاتل منهم) والعاقلة عند الشافعى العشيرة لانه كان عليهم فى عهد رسول الله عليه السلام ولا نسخ بعده لانه لا يكون الا بوحى على لسان نبى ولا نبى بعده ولانه صلة والاقارب احق بالصلات كالارث والنفقات ولنا ان عمر رضى الله عنه فرض العقل على اهل الديوان بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه منكر منهم فكان ذلك اجماعا منهم فان قيل كيف يظن بهم الاجماع على خلاف ما قضى رسول الله عليه السلام قلنا هذا اجماع على وفاق ما قضى به رسول الله عليه السلام فانهم علموا ان رسول الله انما قضى على العشيرة باعتبار النصرة وقد كان قوة المرء ونصرته يومئذ بعشيرته ثم لما دون عمر الدواوين صارت القوة والنصرة بالديوان فلهذا قضى بالدية على اهل الديوان (تؤخذ من عطاياهم فى ثلاث سنين) من وقت القضاء بالدية والتقدير بثلاث سنين مروى عنه عليه السلام ومحكى عن عمر ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج فى كل سنة مرة (فان خرجت ثلاث عطايا فى مدة (اقل) من ثلاث سنين (او) فى مدة (اكثر) مثل ان تخرج عطاياهم فى ستة سنين مثلا (اخذ منها) اى من العطايا وحاصله انه اذا خرجت للعاقلة ثلاث عطايا فى سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية لوجود محل اداء الدية فلا فائدة فى التأخير واذا خرجت فى ست سنين يؤخذ منهم فى كل سنة سدس الدية اذ المقصود ان يكون المأخوذ من الاعطية لا من اصول اموالهم وذلك يحصل بالاخذ من عطاياهم فى ثلاث سنين او اقل منها او اكثر *وهذا اذا كانت العطايا فى السنين المستقبلة بعد القضاء بالدية حتى لو اجتمعت فى السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء (ومن لم يكن منهم) اى من اهل الديوان (فعاقلته قبيلته) لان نصرته بهم وهى المعتبرة فى هذا الباب (يؤخذ منهم فى ثلاث سنين) ايضا من كل واحد) منهم (ثلاثة دراهم اواربعة) دراهم (كل سنة درهم) قوله كل بالنصب على الظرفية خبر مقدم ودرهم مبتدأ مؤخر (او) كل سنة (درهم وثلاث) درهم (لا ازيد وهو الاصح) لمراعات معنى التخفيف فيه (وقيل) يؤخذ من كل واحد (فى كل سنة ثلاثة دراهم اواربعة) دراهم فيكون المأخوذ من كل واحد فى ثلاث سنين تسعة دراهم او اثنى عشر درهما وانما كان القول الاول اصح لخروج هذا القول من حد التخفيف

وبلوغه حد الجزية في الثاني وقربه منه في الاول وعند الشافعي يجب على كل واحد نصف دينار (فان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل) اليهم (نسبا) الاقرب فالاقرب (على ترتيب العصبات) وهم الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الآباء والابناء فقيل يدخلون لانهم اقرب وقيل لا يدخلون لان الضم انفى الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلاثة او اربعة * وهذا المعنى انما يكون عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون * ثم انهم قالوا ان هذا الجواب انما يستقيم في حق العرب المحفوظة انسابهم فامكن ايجاب العقل على اقرب القبائل من حيث النسب * واما العجم فلا يستقيم هذا الجواب فيهم لتضييعهم انسابهم فلا يمكن ايجاب الدية على اقرب القبائل اليهم نسبا واذا لم يمكن فقد اختلفوا في هذه المسئلة فقال بعضهم يعتبر المحال والقرى الاقرب فالاقرب وقال بعضهم يجب الباقي في مال الجاني * وفي البزازية اذا لم يكن للقاتل عاقلة فالدية في بيت المال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى (والقاتل كاحدهم) لانه المباشر للقتل فلا معنى لاخراجه من العقل ومؤاخذة غيره * وقال الشافعي لا يجب على القاتل شيء لانه اذا لم يجب عليه الكل فلا يجب عليه البعض اذ الجزء لا يخالف الكل * قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب البعض وعدم وجوب الكل لا ينفي وجوب البعض (وان كان) اى القاتل (ممن) اى قوم (يتناصرون بالحرف) جمع حرفة (او بالحلف) بكسر الحاء وهو التحالف على التناصر (فعلى اهل حرفته او) اهل (حلفه) لا بينهم من التناصر (وعاقلة المعتق) بفتح التاء (و) عاقلة (مولى الموالاة مولاه وعاقلته) يعني ان كلا من المعتق ومولى الموالاة عاقلته مولاه وعاقلة مولاه لان النصرة بهم ولقوله عليه السلام * مولى القوم منهم * وفي مولى الموالاة خلاف الشافعي (وعاقلة ولد الملاعنة عاقلة امه) لان نسبته اليهم فينتصرونه (فان ادعاه ابوه بعد ما عقلوا) اى عاقلة الام (عنه) اى عن ولد الملاعنة (رجعوا على عاقلته) اى عاقلة الاب (بما غرموا) في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية لم تكن واجبة عليهم لانه لما اكذب الاب نفسه ظهر ان النسب كان من الاب لان النسب يثبت منه من وقت العلوق لا من وقت الدعوة فتبين به ان عقل جنايته كان على عاقلة ابيه وان قوم الام تحملوا عن قوم الاب مضطرين في ذلك بالزام القاضي * وانما يرجعون في ثلاث سنين لانهم ادوا هكذا (وانما تعقل العاقلة ما وجب بنفس القتل) وهو ما يجب بالخطأ او شبه العمد او السبب (فلا تعقل جناية عمد ولا جناية عبد ولا ما لزم بصلح او اعتراف) لما روى ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعا اليه عليه السلام انه قال * لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة * ولانه لا يتناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عليهم وارش الموضحة نصف العشر ولان تحمل العاقلة تحرزا عن الاجحاف بالخاطئ والاجحاف في القليل (الا ان يصدقوه) اى العاقلة المعترف فيما اقربه لان التصديق اقرار منهم فيلزمهم باقرارهم لان لهم ولاية على انفسهم والامتناع كان لحقهم وقد زال (ولا) تعقل العاقلة (اقل من نصف عشر الدية) وتحمل نصف العشر فصاعدا لما مر من قوله عليه السلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا

ولا مادون ارش الموضحة* وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان الايجاب على العاقلة لدفع الاجحاف عن الجاني وذلك في القليل دون الكثير فلهذا اوجبنا الكثير على العاقلة والفاصل بينهما ارش الموضحة بالنص وما دون ذلك يكون في مال الجاني (بل ذلك) اي الاقل من نصف عشر الدية (على الجاني) والقياس فيه احد الشيئين اما التسوية بين الكثير والقليل في ايجاب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي او التسوية بينهما في ان لا يجب شيء على العاقلة كما في ضمان المال لكنا تركنا القياس بالسنة وانما جاءت السنة في ارش الجنين في الايجاب على العاقلة وارش الجنين نصف عشر بدل الرجل فيقضي بذلك على العاقلة وفيما دونه يؤخذ بالقياس كذا في الكافي (ولا تدخل النساء والصبيان في العقل) لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العواقل صبي ولا امرأة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ماهو خلف النصرة والجزية* وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية لان وجوب جزء من الدية على القاتل انما هو باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه والنصرة لا توجد فيهما وفي التبيين وهذا صحيح اذا قتله غيرهما واما اذا باشرا القتل بانفسهما فالصحيح انهما يشاركان العاقلة وكذا المجنون اذا قتل فالصحيح انه كواحد من العاقلة اه (ولا يعقل مسلم عن كافر ولا بالعكس) اي لا يعقل كافر عن مسلم لعدم التناصر (ويعقل الكافر عن الكافر وان اختلفا ملة) لان الكفر ملة واحدة (ان لم تكن العداوة بين الملتين ظاهرة كاليهود مع النصارى) فان العداوة فيهما ظاهرة فلا يعقل بعضهم بعضا لعدم التناصر بظهور العداوة بينهم* هكذا روي عن ابي يوسف (وان لم يكن للذمي عاقلة فالدية في ماله في ثلاث سنين) من يوم يقضى عليه كما في حق المسلم لما ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة لو كانت موجودة فاذا لم توجد كانت الدية عليه (والمسلم) اذا لم تكن له عاقلة (يعقل عنه بيت المال) لان الدية تجب بالنصرة وجماعة المسلمين يتناصرون (وقيل) المسلم (كالذمي) تجب الدية في ماله اذا لم تكن له عاقلة (وان جنى حر على عبد خطأ فعلى العاقلة) لانه ضمان الآدمي فيجب على العاقلة اذا كان القتل خطأ قياسا على الحر* وقال الشافعي في قول تجب على القاتل لانه بدل المال عنده حتى اوجب قيمته بالغة ما بلغت* ولا خلاف في اطراف العبيد ان ضمانها لا يجب على العاقلة لانه يسلك بها مسلك الاموال ولا تعقل العاقلة ما جنى العبد على حر لان المولى في كونه مخاطبا بجناية العبد بمنزلة العاقلة فلا تحمل عن العاقلة عواقلهم فكذا لا تحمل جناية العبد عاقلة مولاه والاصل في ذلك قوله عليه السلام* لا تعقل العاقلة عبدا ولا عمدا*

كتاب الوصايا

لا يخفى ظهور مناسبة ايراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب لان آخر احوال الآدمي في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت وله اختصاص بكتاب الجنايات والديات والجناية قد تفضي الى الموت الذي وقته وقت الوصية* والوصية في الاصل اسم بمعنى المصدر ثم سمي الموصى به وصية كما في العناية* ومنه قوله تعالى من بعد وصية توصون بها او دين* (الوصية) في الشرع (تمليك مضاف الى ما بعد الموت) يعني بطريق التبرع سواء كان عينا او منفعة

وسببها ان يذكر بالخير في الدنيا ونيل الدرجات العالية في العقبى * ومن شرائطها كون الموصى
اهلا للتمليك والموصى له اهلا للتملك والموصى به بعد موت الموصى مالا قابلا للتمليك من الغير
بعقد من العقود ومنها عدم الدين ومنها التقدير بثلث التركة حتى انها لا تصح فيما زاد على الثلث
ومنها كون الموصى له اجنبيا حتى لا تجوز الوصية للوارث الا باجازة بقية الورثة وركنها ان
يقول اوصيت بكذا لفلان وما يجرى مجراه من الالفاظ المستعملة فيها واما حكمها ففي حق الموصى
له ان يملك الموصى به ملكا جديدا كما في الهبة وفي حق الموصى اقامة الموصى له فيما اوصى به مقام
نفسه كالوارث واما صفتها فذكره في المتن بقوله (وهى مستحبة بما دون الثلث ان كانت الورثة
اغنياء او يستغنون بانصبائهم) لانه تردد بين الصدقة على الاجنبي والهبة بالترك للقريب والاول
اولى لقوله عليه السلام * او صدقة يبتغي بها رضاء الله * (والا) اى وان لم تكن الورثة اغنياء ولا
يستغنون بانصبائهم (فتركها) اى الوصية (احب) لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه
السلام * افضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح * ولان فيه حق الفقير والقرابة جميعا (ولا تصح)
الوصية (بما زاد على الثلث) لقوله عليه السلام في حديث سعد بن ابى وقاص انه قال جاء رسول الله
يعودني من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وانا ذو مال ولا يرثني الا
ابنة لي افاتصدق بثلثي مالى قال لا قلت فالشطر يا رسول الله قال لا * قلت فالثلث قال * الثلث والثلث
كثير (او كبير) انك ان تذر ورثتك اغنياء خير لك من ان تدعهم عالة يتكففون الناس (ولا) تصح
الوصية (لقاتله) اى المورث (مباشرة) لقوله عليه السلام * لا وصية للقاتل * وقيد بقوله مباشرة
احترازا عن القتل تسبيبا فانه لا يمنع صحة الوصية لعدم تناوله النص (ولا لوارثه) لقوله عليه السلام
ان الله اعطى كل ذى حق حقه الا لا وصية لوارث ولان بقية الورثة يتأذون بايثار بعضهم ففي
تجويزه قطيعة الرحم (الا باجازة الورثة) استثناء مما تقدم من عدم الصحة بما زاد على الثلث وعدم
صحة الوصية لقاتله ووارثه يعني لا تصح الوصية بما زاد على الثلث ولا للقاتل ولا للوارث في حال
من الاحوال الا في حال التباسها باجازة الورثة فتصح حينئذ لان عدم الجواز كان لحقهم فيجوز
باجازتهم ولما روى ابن عباس رضى الله عنهما انه عليه السلام قال لا تجوز وصية لوارث الا
ان يشاء الورثة ويشترط ان يكون المجيز من اهل التبرع بان يكون عاقلا بالغا وان اجاز البعض دون
البعض يجوز على المجيز بقدر حصته دون غيره لولايته على نفسه فقط ولا تعتبر اجازة الورثة في
حال حياة الموصى حتى كان لهم ان يرجعوا بعد موت الموصى (وتصح) الوصية (بالثلث للاجنبي
وان لم يجيزوا) لقوله عليه السلام * ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم زيادة لكم
في اعمالكم فضعوها حيث شئتم * او قال * حيث احببتم * والاجماع على ذلك (وتصح) الوصية
(من المسلم للذمي وبالعكس) فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين * والثاني
لانه بعقد الذمة ساوى المسلم في المعاملات والتبرعات حتى جاز التبرع من الجانبين في حال الحياة
فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لحربي هو في دارهم باطلة لانها بر وصلة وقد نهينا عن
بر من يقاتلنا لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين * الآية وفي السير الكبير ما يدل

على الجواز ووجه التوفيق انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل جاز كذا في الكافي وفيه تأمل واما وصية الحربي بعدما دخل دارنا بامان فانها جائزة لان له ولاية تمليك المال في حياته فكذا بعد مماته خلا انه لافرق بين وصيته بالثلث او بجميع ماله لان المسلم انما منع من الوصية بما زاد على الثلث لحق ورثة المسلمين فان حقهم معصوم من الابطال بخلاف ورثة الحربي لان حقهم غير معصوم فلذلك لم يمنع حقهم صحة الوصية بالجميع كما في شرح الجامع الصغير (وتصح) الوصية (للحمل وبه) اي بالحمل (ان كان بينها) اي بين الوصية (وبين ولادته) اي الحمل (اقل من ستة اشهر) من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية اخت الميراث لانها استخلاف من وجه اذ الموصى له يخلفه في بعض ماله كالارث ولهذا لا يحتاجان الى القبض والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية الا انها ترتد بالرد لان فيها معنى التمليك بخلاف الارث فانه استخلاف مطلق وبخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه حتى يملكه شيأ فان قيل ان الوصية شرطها القبول والجنين ليس من اهله فكيف تصح قلنا الوصية تشبه الهبة وتشبه الميراث فلشبهها بالهبة يشترط القبول اذا امكن ولشبهها بالميراث يسقط القبول اذا لم يكن عملا بالشبهين واما الثاني فانه تجري فيه الوراثة فتجري فيه الوصاية لما عرف ان الوصاية اخت الميراث وقد تيقنا بوجوده يوم الموت اذا اتت بالولد لاقل من ستة اشهر من يوم الموت (ولا تصح الهبة له) اي للحمل لما ان الهبة من شرطها القبول ولا يتصور ذلك من الجنين ولا يلي عليه احد حتى يقبض عنه (وان وصى بامه) اي ام الحمل (دونه) اي الحمل (صحت الوصية والاستثناء) لان اسم الامة وان لم يتناول الحمل لفظا لكنه يستحق باطلاق اللفظ تبعا لها فاذا افردها بالوصية صح افرادها فان قيل اذا لم يتناوله اللفظ فكان ينبغي ان لا يصح الاستثناء لانه اخراج ما تناوله المستثنى منه قلنا كفى بصحته التزيي بزيه كما في استثناء ابليس من الملائكة على القول بانه من الجن على ان صحة الاستثناء لا يفتقر الى التناول اللفظي بدليل صحة استثناء قفيز حنطة من الف درهم ولان الاصل ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه ويصح افراد الحمل بالوصية فيصح استثناؤه غاية الامر انه يكون استثناء منقطعا بمعنى لكن حيث لم يدخل تحت اللفظ (ولا بد في الوصية من القبول) لان الايصاء تمليك فلا بد من القبول (ويعتبر) القبول (بعد موت الموصى) لان اوان ثبوت حكمها بعد موت الموصي (ولا اعتبار بالرد والقبول في حياته) اي حياة الموصى كما اذا قال لامرأته انت طالق غدا على درهم فان ردها وقبولها باطل قبل الغد (وبه) اي بالقبول (تملك) الوصية ولا تملك قبله لان الوصية اثبات ملك جديد ولا يملك احد اثبات الملك لغيره بلا اختيار (الا ان يموت الموصى له بعد موت الموصى قبل القبول فانه) اي الموصى له (يملكها) اي الوصية (وتصير لورثته) اي ورثة الموصى له ولا حاجة الى القبول وهذا استحسان * والقياس ان تبطل الوصية لما تقرر ان احدا لا يقدر على اثبات الملك لغيره بدون اختياره فصار كموت المشتري قبل القبول بعد ايجاب البائع * ووجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي وقد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من

جهته وانما يتوقف لحق الموصى له فاذا مات دخل فى ملكه كما فى البيع المشروط فيه الخيار للمشترى او البائع ثم مات من له الخيار قبل الاجازة (ولا تصح) الوصية (من صبي ولا مكاتب وان ترك وفاء) اما عدم صحة الوصية من الصبي فلانه تبرع كالهبة والصدقة وذلك لان اعتبار عقله فيما ينفعه دون ما يضره الا يرى انه لا يعتبر عقله فى حق الطلاق او العتاق لان ذلك يضره باعتبار اصل الوضع فكذا تمليك المال بطريق التبرع فيه ضرر باعتبار اصل الوضع وان كان يتفق نافعا باعتبار الحال والمعتبر فى النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال واما وصية المكاتب فعلى ثلاثة اقسام قسم باطل بالاجماع وهو الوصية بعين من اعيان ماله لانه لا ملك له حقيقة وقسم يجوز بالاجماع وهو ما اذا اضاف الوصية الى ما يملكه بعد العتق بان قال اذا اعتقت فثلث مالى وصية لفلان حتى لو عتق قبل الموت باداء بدل الكتابة او غيره ثم مات كان للموصى له ثلث ماله وان لم يعتق حتى مات عن وفاء بطلت الوصية لان الملك لم يوجد له حقيقة وانما ثبت بطريق الضرورة فلا يظهر فى حق نفاذ الوصية وقسم مختلف فيه وهو ما اذا قال اوصيت بثلث مالى لفلان ثم عتق فالوصية باطلة عند الامام وعندهما جائزة (والوصية مؤخرة عن الدين) لان اداء فرض والوصية تبرع فيبدأ بالفرض (فلا تصح) الوصية (ممن يحيط دينه بماله الا ان يبرأ الغرماء) فحينئذ تصح لزوال المانع وهو بقاء الدين فاذا ابرأه الغرماء نفذت الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها (وللموصى ان يرجع فى وصيته) لانه تبرع فجاز رجوعه عنها كالهبة ولان قبول الوصية بعد الموت فجاز له الرجوع عنها قبل القبول كما فى سائر التصرفات ثم الرجوع قد يثبت صريحا وقد يثبت دلالة فلهذا قال (قولا) كان يقول رجعت عن وصيتي (او فعلا) وهو ما فسره بقوله (يقطع) صفة فعلا (حق المالك فى الغصب) اى فى المغصوب كقطع الثوب او خياطته (او يزيل ملكه كالبيع والهبة) فانه اذا باع الموصى به او وهبه كان رجوعا دلالة والدلالة تقوم مقام الصريح فقام الفعل للفعل المذكور مقام القول (وان) وصلية (اشتراه) اى الموصى به (اورجع) عن الهبة (بعد ذلك) اى بعد ما ذكر من البيع والهبة وزوال الملك ولا يجدى تملكه ثانيا بالشراء او الرجوع (او يوجب) معطوف على قوله يقطع الواقع صفة لفعلا اى له ان يرجع عن وصيته بان فعل فعلا يوجب (فى الموصى به زيادة لا يمكن التسليم الا بها) اى بتلك الزيادة (كلت السويق) بسمن (والبناء فى الدار والحشو بالقطن وقطع الثوب وذبح الشاة رجوع) قوله والبناء فى الدار والحشو بالقطن يجوز ان يكونا معطوفين على لت السويق وقوله وقطع الثوب مبتدأ خبره قوله رجوع ويجوز ان يكون المبتدأ هو قوله والبناء وما عطف عليه والخبر هو رجوع والاول هو الاظهر لابتنائه على امتناع التسليم واما قطع الثوب وذبح الشاة فلبنائه على الاستهلاك وكون ذلك الفعل يدل على ان مثله للصرف الى حاجته فتبطل به الوصية ويكون رجوعا (لا غسل الثوب وتجصيص الدار او هدمها) فانه ليس برجوع لان ذلك ليس بتصرف فى نفس ما وقعت الوصية به ولانه تصرف فى البناء والبناء تبع والتصرف فى التبع لا يدل على اسقاط الحق عن الاصل وكذا هدم البناء

تصرف فى التابع (والجحود ليس برجوع عند محمد خلافا لابى يوسف) قال فى الجامع الكبير ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا * وذكر فى المبسوط انه رجوع قيل ماذكر فى الجامع محمول على ان الجحود كان عند غيبة الموصى له وهذا لا يكون رجوعا على الروايات كلها وماذكر فى المبسوط محمول على ان الجحود كان عند حضرة الموصى له وعند حضرته يكون رجوعا وقيل فى المسئلة روايتان وقيل ماذكر فى الجامع قول محمد وماذكر فى المبسوط قول ابى يوسف وهو الاصح * لابى يوسف ان الرجوع نفى الوصية فى الحال والجحود نفيها فى الماضى والحال فهذا اولى ان يكون رجوعا ولمحمد ان الرجوع عن الشئ يقتضى سبق وجود ذلك الشئ وجحود الشئ يقتضى سبق عدمه فلو كان الجحود رجوعا لاقتضى وجود الوصية وعدمها فيما سبق وهو محال (ولا قوله اخرت الوصية) بان قيل له اخر الوصية فقال اخرتها لا يكون رجوعا لان التأخير ليس باسقاط بخلاف قوله تركت الوصية لان الترك اسقاط (او كل وصية اوصيت بها لفلان فهى حرام) فانه لا يكون رجوعا من الوصية (ولو قال ما اوصيت به فهو لفلان فرجوع) لان اللفظ يدل على قطع الشركة واثبات التخصيص له فاقتضى رجوعا من الاول بخلاف ما اذا اوصى به لآخر ابتداء فانه لا يكون رجوعا لان اللفظ صالح للشركة والمحل يقبلها فيكون مشتركا بينهما (الا ان يكون فلان الثانى ميتا) حين اوصى فالوصية الاولى تكون على حالها (وتبطل هبة المريض ووصيته لاجنبية نكحها بعدها) اى بعد ماذكر من الهبة والوصية هكذا وجد فى عامة النسخ بضمير التأنيث والظاهر ان يكون النسخة بعدهما اى بعد الهبة والوصية والاصل فى هذا الفصل ان المعتبر كون الموصى له وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيعتبر وقت التمليك حتى لو اوصى الى اخيه وهو وارث ثم ولد له ابن صحت الوصية للاخ وعكسه اذا اوصى الى اخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موت الموصى بطلت الوصية للاخ لما ذكرنا والهبة والصدقة من المريض لوارثه نظير الوصية لانه وصية حكما حتى تعتبر من الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه فيعتبر كونه وارثا او غير وارث عند الاقرار لانه تصرف فى الحال فيعتبر حاله فى ذلك الوقت حتى لو اقر لشخص وهو ليس بوارث له جاز الاقرار له وان صار وارثا بعد ذلك لكن شرطه ان يكون وارثا بسبب حادث بعد الاقرار وهو الحرية وكذا لو اقر لاجنبية ثم تزوجها لا يبطل اقراره لها واما اذا ورث بسبب قائم عند الاقرار لا يصح كما لو اقر لاخيه المحجوب ثم مات ابنه (وكذا اقراره ووصيته وهبته لابنه الكافر او الرقيق ان اسلم او اعتق بعد ذلك) اى بعد ماذكر من الاقرار والوصية والهبة اما الوصية والهبة فلما مر ان المعتبر فيهما حال الموت واما الاقرار فانه وان كان ملزما بنفسه لكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيورث تهمة الايثار فصار باعتبار التهمة ملحقا بالوصايا (وهبة المقعد) وهو العاجز عن المشى لداء فى رجليه (والمفلوج) الفلج داء يعرض فى نصف البدن فيمنعه عن الحس والحركة الارادية (والاشل) وهو الذى فى يده ارتعاش وحركة (والمسلول) وهو الذى يكون به مرض السل وهو قرح فى الرئة تعتبر وصيته (من كل ماله ان طال) مدة

مرضه وقدروه بالسنة (ولم يخف موته منه) اى من المرض (والا) اى وان لم يطل مدة مرضه وخيف موته منه (فمن ثلثه) اى ثلث ماله يعنى ان من كان مبتلى بواحد من هذه الامراض وتصرف بشئ من التبرعات ثم مات قبل تمام سنة مشتملة على الفصول الاربعة كان المرض مرض الموت فتعتبر تبرعاته من ثلث ماله وان مات بعد تمام السنة من حين تبرعه تبين انه لم يكن مريضا مرض الموت لانه اذا سلم فى فصول السنة الاربعة التى كل واحد منها مظنة الهلاك صار المرض بمنزلة طبع من طبائعه وخرج صاحبه من احكام المرضى حتى لا يشتغل بالتداوى كما فى الدرر وفى البزازية والمريض الذى يكون تصرفه من الثلث بان يكون ذا فراش بحيث لا يطيق القيام لحاجته وتجوز له الصلاة قاعداً او يخاف عليه الموت كالفالج وصار زمنا اويابس الشق لا يكون له حكم المريض الا اذا تغير حاله عن ذلك ومات من ذلك التغير فح فعل فى حال التغير فمن الثلث قال الفضلى مرض الموت ان لا يخرج الى حوائج نفسه وعليه اعتمد فى التجريد انتهى

باب الوصية بثلث المال

لما كان اقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التى تتعلق به فى هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب (ولو اوصى لكل من اثنين بثلث ماله ولم يجز وارثه) ذلك (قسم الثلث بينهما نصفين) يعنى اذا اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان لانهما استويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فى الاستحقاق والثلث يضيق عن حقهما والمحل يقبل الشركة فيكون الثلث بينهما نصفين لاستواء حقهما ولم يوجد ما يدل على الرجوع عن الاولى (ولو) اوصى (لاحدهما بثلثه وللآخر بسدسه) ولم تجز الورثة (قسم) الثلث بينهما (اثلاثا) بالاجماع لان كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح شرعا وضاق الثلث عن حقهما اذ لا مزيد على الثلث فيقسم على قدر حقهما بان يجعل الثلث ثلاثة اسهم سهم لصاحب السدس وسهمان لصاحب الثلث (ولو) اوصى (لاحدهما بثلثه وللآخر بثلثيه او بنصفه او بكله) ولم تجز الورثة (ينصف الثلث بينهما) عند الامام لان الوصية باكثر من الثلث اذا لم تجزها الورثة تكون باطلة فكانه اوصى بالثلث لكل واحد فينصف الثلث بينهما فى جميع هذه الصور (وعندهما يثلث) الثلث (فى الاول) اى فى وصيته للآخر بثلثيه فيكون لصاحب الثلث سهم منه ولصاحب الثلثين سهمان (ويخمس) الثلث (خمسين وثلاثة اخماس فى الثانى) اى فى وصيته للآخر بنصفه فيكون خمساه لصاحب الثلث وثلاثة اخماسه لصاحب النصف لان مخرج الثلث والنصف اذا اجتمعا يكون ستة ونصفه ثلاثة وثلثه اثنان فيكون المجموع خمسة اسهم فيقسم الثلث بهذه السهام (ويربع) الثلث (فى الثالث) اى فى وصيته للآخر بكله فيكون لصاحب الثلث ربعه ولصاحب الكل ثلاثة ارباعه وهذا الخلاف مبنى على اصل مختلف فيه بين الامام وصاحبيه والى هذا اشار بقوله (ولا يضرب) على صيغة المبنى للمفعول (الموصى له بالزائد على الثلث عند الامام) قال فى شرح الوقاية المراد بالضرب الضرب المصطلح عند الحساب فاذا اوصى بالثلث والكل فعند الامام سهام الوصية اثنان لكل واحد نصف يضرب النصف فى ثلث المال فالنصف

فی الثلث یکون نصف الثلث وهو السدس فینصف الثلث بینهما فی الصور الثلاث کلها وعندهما یقسم الثلث فی الصورة الاولی علی ثلاثة اسهم سهم لصاحب الثلث وسهمان لصاحب الثلثین وعلی خمسة فی الصورة الثانیة ثلاثة للموصی له بالنصف وسهمان للموصی له بالثلث وعلی اربعة فی الصورة الثالثة ثلاثة للموصی له بالکل وواحد للموصی له بالثلث (الا فی المحاباة والسعایة والدراهم المرسلة) اما المحاباة فصورتها انه اذا کان عبدان لرجل قیمة احدهما الف ومائة وقیمة الآخر ستمائة فاوصی بان یباع احدهما لفلان بمائة والآخر لفلان بمائة فان المحاباة حصلت لاحدهما بالف وللآخر بخمسمائة والکل وصیة لکونها فی حالة المرض فان لم یکن للموصی مال غیرهما ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فیکون بینهما اثلاثا یضرب الموصی له بالالف بحسب وصیته وهی الالف والموصی له الآخر بحسب وصیته وهی خمسمائة فلو کان هذا کسائر الوصایا علی قول الامام وجب ان لا یضرب الموصی له بالالف فی اکثر من خمسمائة واما السعایة فصورتها ان یوصی بعتق عبدین قیمة احدهما الف وقیمة الآخر الفان ولا مال له غیرهما ان اجازت الورثة عتقا جمیعا وان لم تجز واعتقا جمیعا من الثلث وثلث ماله الف فالالف بینهما علی قدر وصیتهما اثلثا الالف للذی قیمته الفان ویسعی فی الباقی والثلث للذی قیمته الف ویسعی فی الباقی واما الدراهم المرسلة ای المطلقة عن کونها ثلثا او نصفا او نحوهما فصورتها ان یوصی لرجل بالفین ولآخر بالف وثلث ماله الف ولم تجز الورثة فانه یکون بینهما اثلاثا (وتبطل الوصیة بنصیب ابنه) یعنی لو اوصی بنصیب ابنه من میراثه لغیره بطلت لان ما هو حق الابن لا یصح ان یوصی به لغیره لما فیه من تغییر ما فرض الله تعالی (وتصح) الوصیة (بمثل نصیب ابنه) اذ لا مانع منه لان مثل الشیٔ غیره سواء کان له ابن موجود او لا کما فی العنایة وقال زفر کلتاهما صحیحتان لان الجمیع ماله فی الحال وذکر نصیب الابن للتقدیر به مع انه یجوز ان یکون علی تقدیر المضاف وهو مثل ومثله شائع قال الله تعالی « واسئل القریة » ای اهلها (فلو کان له ابنان) واوصی بمثل نصیب ابنه الآخر (فللموصی له الثلث) والقیاس ان یکون له النصف عند اجازة الورثة لانه اوصی له بمثل نصیب ابنه ونصیب کل واحد منهما النصف ووجه ما فی المتن انه قصد ان یجعله مثل ابنه لا ان یزید نصیبه علی نصیب ابنه وحاصله ان یجعل الموصی له کاحدهما (وان) کان له (ثلاثة) واوصی بمثل نصیب ابنه لآخر (فالربع) وعلی هذا القیاس (وان اوصی بجزء من ماله فالتعیین) مفوض (الی الورثة) فیقال لهم اعطوه ما شئتم لانه مجهول یتناول القلیل والکثیر والوصیة لا تبطل بالجهالة والورثة قائمون مقام الموصی فکان الیهم بیانه (وان) اوصی (بسهم) من ماله (فالسدس) عند الامام (وعندهما مثل نصیب احدهم) ای احد الورثة (الا ان یزید) النصیب (علی الثلث ولا اجازة) من الورثة وسوی فی الکنز بین السهم والجزء وهو اختیار بعض المشایخ والمروی عن الامام ان السهم عبارة عن السدس وروی مثل ذلک عن ابن مسعود رضی الله تعالی عنه وفی المجمع ولو اوصی بسهم من ماله فله احسن السهام یعنی عند الامام ولا یزاد علی السدس لان مخرج السدس اعدل المخارج فلا یتجاوز عنه

كما في الاقرار * وهذا اشارة الى جواب سؤال وهو ان يقال ان احسن الايصاء اقله والثمن اقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس وقد اجاب عنه في العناية بان جعله بمعناه بما ورد من الاثر واللغة اما الاثر فما روى عن ابن مسعود وقد رفعه الى النبي عليه السلام فيما يروى ان السهم هو السدس واما اللغة فان اياس بن معاوية قاضي البصرة قال السهم في اللغة عبارة عن السدس (قالوا) اى المشايخ (هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء) فالتعيين فيه مفوض الى رأى الورثة (وان اوصى له بسدس ماله ثم بثلث ماله) بان قال سدس مالى لفلان ثم قال في ذلك المجلس او مجلس آخر ثلث مالى لفلان (واجازوا) اى الورثة (فله الثلث) لكون السدس داخلا في الثلث فلا يتناول اكثر من الثلث (وان) اوصى (بسدسه) لفلان (ثم بسدسه) له (فله) اى للموصى له (السدس) الواحد (سواء اتحد المجلس او اختلف) هذا قيد المسئلتين معا وانما كان له السدس في هذه الصورة لان المعرفة اذا اعيدت معرفة كانت الثانية عين الاولى كما تقرر في الاصول وكما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا لن يغلب العسر يسرين * وههنا سؤال ذكره صدر الشريعة ولم يجب عنه وهو ان قوله ثلث مالى له ان كان اخبارا فكاذب وان كان انشاء يجب ان يكون له النصف عند اجازة الورثة وان كان في السدس اخبارا وفي الثلث انشاء فهو ممتنع واجاب عنه صاحب الدرر بانا نختار انه انشاء وانما لم يجب له النصف عند الاجازة لو كان النصف مدلول اللفظ وليس كذلك فان السدس والثلث في كلامه شائع وضم الشائع الى الشائع لا يفيد ازديادا في المقدار بل يتعين الاكثر مقدما كان او مؤخرا ولهذا قال الجمهور في تعليله لان الثلث متضمن للسدس فان التضمن لا يتصور الا في الشائع وضم السدس الشائع الى الثلث الشائع لا يفيد زيادة في العدد ولا يتناول اكثر من الثلث وفائدة الاجازة انما تظهر فيهما يكون متناول اللفظ والا كان براما نفا الاجازة وفي العناية فان قيل فاى فائدة في قوله اذا اجازت الورثة فالجواب ان معناه حقه الثلث وان اجازت الورثة لان السدس يدخل في الثلث من حيث انه يحتمل انه اراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد ايجاب ثلث على السدس فيحمل السدس داخلا في الثلث لانه متيقن وحملا لكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث اه (ولو) اوصى (بثلث دراهمه او) ثلث (غنمه او) ثلث (ثيابه وهى) اى الثياب (من جنس واحد فهلك الثلثان) وبقى الثلث (فله الباقى ان خرج من الثلث) اى من ثلث ما بقى من ماله وهو الجميع من الباقى وقال زفر له ثلث الباقى (وكذا كل مكيل وموزون) اى اذا هلك الثلثان فللموصى له ثلث الباقى وفي التسهيل اشارة الى انه يشترط ان يكون المكيل والموزون من جنس واحد (وان) اوصى (بثلث ثيابه وهى متفاوتة) اى ليست من جنس واحد (فهلك الثلثان فله ثلث ما بقى) من الثياب لاختلاف الجنس (وان) اوصى (بثلث عبيده) فهلك الثلثان (فكذلك) اى يكون له ثلث ما بقى من العبيد عند الامام بناء على ان الظاهر هو اختلاف اجناسهم للتفاوت بين افرادهم فلا يمكن جمع حق احدهم في الواحد (وعندهما) فله (كل الباقى) لانهم جنس واحد حقيقة وان تفاوتت افرادهم في الظاهر

وهذا الخلاف مبنى على قسمة الرقيق فعند الامام يقسم كل عبد على حدة فما هلك يهلك على الاشتراك بين الموصى له وبين الورثة وعندهما يقسم الكل قسمة واحدة (وقيل) انهما (يوافقان) الامام فى العبد فقط فلا خلاف بينهم فى ان له ثلث ما بقى (والدواب كالعبيد) اختلافا واتفاقا (وان اوصى بالف وله عين ودين فهى عين ان خرجت) الالف (من ثلث العين) فان كان له ثلاثة آلاف وهى نقدا وعين قيمتها ثلاثة آلاف درهم فيدفع له الالف لانه امكن ايصال كل مستحق الى حقه بلا بخس فيصار اليه (والا) اى وان لم تخرج الالف من ثلث العين بان كان النقد ايضا الفا والعين قيمتها الف مثلا (دفع ثلث العين) للموصى له بالغا ما بلغ (و) دفع للموصى له (ثلث ما يستوفى من الدين الى ان يتم) الالف لان الموصى له شريك الوارث فلو خصصناه بالعين لبخسنا فى حق الورثة لان للعين مزية على الدين اذ العين مال مطلقا والدين مال فى المآل لا فى الحال وكان تعديل النظر من الجانبين فيما قلنا (وان اوصى بالثلث) من ماله (لزيد وعمرو واحدهما ميت فكله) اى الثلث (للحى) لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحى الذى هو اهل لها وعن ابى يوسف انه اذا لم يعلم بموته كان له نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لانه حينئذ يكون لغوا فكان راضيا بكل الثلث للحى (وان قال) ثلث مالى (بين زيد وعمرو) واحدهما ميت (فالنصف) اى نصف الثلث (للحى) لان مقتضى هذا اللفظ ان يكون لكل منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم (وان اوصى بثلث ماله ولا مال له) عند الوصية (فاكتسب) الموصى مالا بعد الوصية (فله) اى للموصى له (ثلث ماله عند الموت) لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله (وان) اوصى (بثلث غنمه ولا غنم له) اصلا (اوكان) له غنم (فهلك قبل موته) اى الموصى (بطلت) الوصية لما مر انها ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه عنده ولم يوجد وهذه وصية متعلقة بالعين فتبطل بهلاكها عند الموت (وان استفاد) الموصى غنما ثم مات صحت وصيته (فى القول الصحيح) لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل موته فضل اذ المعتبر وجوده عند الموت وانما قال فى الصحيح احترازا عن قول بعض المشايخ ان الوصية باطلة لانه اضاف الى مال خاص فصار بمنزلة التعيين (وان اوصى بشاة من ماله ولا شاة له (فله) اى للموصى له (قيمتها) اى الشاة لانه لما قال من مالى دل على ان غرضه الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد فى مطلق المال (وتبطل) الوصية (او) اوصى (بشاة من غنمه ولا غنم له) لانه لما قال من غنمى دل على ان غرضه عين الشاة حيث جعلها جزء من الغنم بخلاف ما اذا اضافها الى المال ولو اوصى بشاة ولم يضفها الى ماله ولا غنم له لا تصح لان المصحح اضافتها الى المال وبدون الاضافة الى المال يعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس فى ملكه شاة علم ان مراده المالية (وان اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن) اى امهات اولاده (ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن) اى لامهات اولاده (ثلاثة اخماسه ولكل فريق) من الفقراء والمساكين (خمس) عند الشيخين (وعند محمد) لامهات اولاده (ثلاثة اسباعه ولكل فريق سبعان) فيقسم على سبعة اسهم للفقراء سهمان وللمساكين سهمان ولامهات اولاده ثلاثة

اسمهم واصله ان الوصية للفقراء والمساكين تتناول الواحد منهم عند الشيخين لان اسم الجنس يتناول الواحد ويحتمل الكل قال الله تعالى *لا يحل لك النساء من بعد* وقد تعذر صرفه الى الكل فيتعين الواحد وعند محمد انها تتناول الجمع وادناه اثنان فصاعدا في الوصايا والوصية لامهات الاولاد جائزة لانها ايجاب مضاف الى ما بعد الموت وهن بعد الموت حرائر وانهما جنسان بدليل عطف احدهما على الآخر في النص ومقتضاه المغايرة فيصير عدد المستحقين خمسة عندهما وعنده سبعة كما في الكافي (وان اوصى بثلث ماله لزيد وللفقراء فله) اى لزيد (نصفه) اى نصف الثلث (ولهم) اى للفقراء (نصفه * وعند محمد له) اى لزيد (ثلثه) اى ثلث الثلث (ولهم) اى للفقراء (ثلثاه) اى ثلثا الثلث (وان اوصى بمائة لزيد ومائة لعمرو ثم قال لبكر اشركتك معهما فله) اى لبكر (ثلث ما) استقر (الكل) واحد من زيد وعمرو من المائة لان الشركة للمساواة لغة ولهذا حمل قوله تعالى *فهم شركاء في الثلث* على المساواة وقد امكن اثبات المساواة بين الكل في الاولى لاستواء المالين فيأخذ من كل واحد منهما ثلث المائة فتم له ثلثا المائة ويأخذ كل واحد منهما ثلثي المائة (ولو) اوصى (بمائة لزيد وخمسين لعمرو) ثم قال لبكر اشركتك معهما (فلبكر نصف ما لكل منهما) لانه لا يمكن المساواة بين الكل هنا لتفاوت المالين فحملناه على مساواة الثالث مع كل منهما بما سماه له فيأخذ النصف من كل واحد من المالين وفي المنح ولو اوصى لرجل بجارية ولآخر بجارية اخرى ثم قال لآخر اشركتك معهما فان كانت قيمة الجاريتين متفاوتة كانت له نصف كل واحدة منهما بالاجماع وان كانت قيمتهما على السواء فله ثلث كل واحدة منهما عندهما وعند الامام نصف كل واحدة منهما بناء على ما تقدم من انه لا يرى قسمة الرقيق فيكون الجنسان مختلفين وهما يريانها فصار كالدراهم المتساوية اهـ (وان قال لفلان على دين فصدقوه) على صيغة الامر (فانه يصدق الى الثلث) اى اذا ادعى المقر له الدين اكثر من الثلث وكذبه الورثة وهذا استحسان * والقياس ان لا يصدق لانه امرهم بخلاف حكم الشرع وهو تصديق المدعي بلا حجة ولان قوله لفلان على دين اقرار بالمجهول والاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقد فات * وجه الاستحسان انه سلطه على ماله بما اوصى وهو يملك هذا التسليط بمقدار الثلث بان يوصيه له ابتداء فيصح تسليطه ايضا بالاقرار له بمجهول والمرء قد يحتاج الى ذلك بان يعرف اصل الحق عليه ولا يعرف قدره فيسعى في فكاك رقبته بهذا الطريق فحصل وصيته في حق التنفيذ وان كان دينا في حق المستحق وجعل التقدير فيها الى الموصى له فلهذا يصدق في الثلث دون الزيادة (فان اوصى مع ذلك) الاقرار بالمجهول (بوصايا عزل ثلث لها) اى لارباب الوصايا (وثلثان للورثة) لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة والدين مجهول فلا يزاحم المعلوم (ويقال لكل) من الموصى لهم والورثة (صدقوه) اى فلان المقر له (فيما شئتم) لان هذا دين في حق المستحق بالنظر الى اقرار المالك وصية في حق التنفيذ من الثلث فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شائعا في النصيبين فيؤمر اصحاب الوصايا والورثة ببيانه فاذا بينوا شيأ فيؤخذ اصحاب الوصايا بثلث ما اقروا به وما بقي

من الثلث لهم (و) يؤخذ (الورثة بثلثي ما اقروا به) تنفيذاً لاقرار كل فريق في قدر حقه (ويحلف كل) من اصحاب الوصايا والورثه (على العلم بدعوى) المقر له (الزيادة على ما اقروا) ومعنى قوله على العلم اى على عدم العلم بما ادعاه المقر له من الزيادة على اقرارهم وانما كان تحليفا لانه تحليف على فعل الغير قال الزيلعي هذا مشكل من حيث ان الورثة كانوا يصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث وهنا لزمهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث لان اصحاب الوصايا اخذوا الثلث على تقدير ان تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق في ايديهم من الثلث شئ فوجب ان لا يلزمهم تصديقه انتهى (وان اوصى بعين لوارثه و لاجنبي فللاجنبي نصفها) اى نصف العين (ولا شئ للوارث) لانه اوصى بما يملك و بما لا يملك فصح فيما يملك وبطل في الآخر بخلاف ما لو اوصى لحي وميت حيث يكون الكل للحي لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا (وان اوصى لكل) واحد (من ثلاثة اشخاص ثوب وهى) اى الثياب المدلول عليها ثوب لكل واحد (متفاوتة) جيد ووسط وردى (فضاع ثوب) من هذه الثياب (ولم يدر ايها) اى الثياب (هو) اى الضائع (و) الحال ان (الورثة تقول لكل) من الثلاثة (هلك حقك بطلت الوصية)لان المستحق مجهول وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل غرض الموصى فتبطل الوصية وكذا تبطل الوصية اذا قال الوارث لكل واحد منهم هلك حق احدكم ولا ادرى من هو فلا ادفع الى كل منكم شيأ كذا في التبيين (فان سلموا) اى الورثة (ما بقى) من الثياب (فلذى الجيد ثلثا جيدهما ولذى الردى ثلثا رديهما ولذى الوسط ثلثا كل منهما) اى من الجيد والردى وانما تعين حق صاحب الجيد في الجيد لانه لا حق له في الردى بيقين ويحتمل ان يكون حقه في الجيد بان كان هو الجيد الاصلي ويحتمل ان يكون حقه في الضائع بان كان هو الاجود فكان تنفيذ وصيته في محل يحتمل ان يكون حقه اولى وانما تعين حق صاحب الردى لانه لا حق له في الجيد بيقين ويحتمل ان يكون حقه في الردى بان كان هذا الردى الاصلي ويحتمل ان يكون حقه في الضائع بان كان هو الاردأ فكان تنفيذ وصيته في محل يحتمل ان يكون حقه اولى وانما تعين حق الآخر في ثلث كل واحد من الثوبين لانه لما اخذ صاحب الجيد ثلثي الجيد وصاحب الردى ثلثي الردى ولم يبق الا ثلث كل واحد منهما فقد تعين حقه في ذلك ضرورة ولانه يحتمل ان يكون حقه في الجيد بان كان الضائع اجود فيكون هذا وسطا ويحتمل ان يكون في الردى بان كان الضائع اردى فيكون هذا وسطا فكان هذا تنفيذ وصيته في محل يحتمل ان يكون حقه كذا في الهداية (وان اوصى ببيت معين من دار مشتركة) يعني اذا كانت دار بين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه من تلك الدار لرجل آخر ثم مات الموصى (قسمت) الدار (فان خرج) ذلك (البيت في نصيب الموصى فهو) اى البيت (للموصى له) عند الشيخين (وعند محمد له) اى للموصى له (نصفه) اى نصف البيت (والا) اى وان لم يخرج البيت في نصيب الموصى (فله) اى للموصى له (قدر ذرعه) اى ذرع البيت عند الشيخين (وعند محمد) له قدر نصف

ذرعه لانه اوصى بملكه وملك غيره لكون الدار مشتركة فتنفذ وصيته فى ملكه ويتوقف الباقى على اجازة صاحبه فان ملكه لا تنفذ الوصية السابقة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه فاذا اقتسموها ووقع البيت فى نصيب الموصى تنفذ الوصية فى عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع فى نصيب صاحبه كان له مثل نصف البيت لانه يجب تنفيذها فى البدل عند تعذر تنفيذها فى عين الموصى به ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه على الكمال وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه فى جميع البيت اذا وقع فى نصيبه فتنفذ الوصية جميعه ومعنى المبادلة فى القسمة تابع والمقصود تكميل المنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه ولا تبطل الوصية اذا وقع البيت كله فى نصيب شريكه ولو كانت مبادلة لبطلت (والاقرار كالوصية) يعنى اذا اقر ببيت معين من دار مشتركة كان مثل الوصية به حتى يؤمر بتسليمه كله ان وقع البيت فى نصيب المقر عندهما وان وقع فى نصيب غيره يؤمر بتسليم قدر ذرعه وعند محمد يؤمر بتسليم نصفه ان وقع فى نصيب المقر وقدر نصف ذرعه ان وقع فى نصيب الغير (وقيل لا خلاف فيه) اى فى الاقرار (لمحمد) بل هو موافق للشيخين (وهو) اى عدم الخلاف بين محمد والشيخين هو (المختار) والفرق لمحمد على هذه الرواية ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا ينفذ فيه الوصية (وان اوصى بالف عين من مال غيره فلربها) اى لرب الالف (الاجازة بعد موت الموصى له والمنع بعد الاجازة) لانه تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازة صاحبه فاذا اجاز كان منه ابتداء تبرع فله ان يمتنع من التسليم كسائر التبرعات (بخلاف الورثة لو اجازوا ما زاد على الثلث) فانه ليس لهم ان يمتنعوا من التسليم بعدها لان الوصية فى نفسها صحيحة لمصادفتها ملكه وانما امتنعت لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فتنفذ من جهة الموصى (وان اقر احد الابنين بعد القسمة بوصية ابيه بالثلث فعليه) اى المقر (دفع ثلث نصيبه) استحسانا وقال زفر يعطيه نصف ما فى يده قياسا لان اقراره بالثلث تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية فى اعطاء النصف ليبقى له النصف فصار كما اذا اقر احدهما باخ ثالث لهما * وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شائع فى كل التركة فكان مقراله بثلث كل جزء من التركة فيلزمه ثلث ذلك ولا يلزمه اكثر من ذلك ولانه لو اخذ نصف ما فى يده لزاد حقه على الثلث لانه ربما يقر الابن الآخر به ايضا فيأخذ نصف ما فى يده فيصير نصف التركة وهذا بخلاف ما لو اقر احدهما بدين لغيره فانه يعطيه كل ما فى يده اذا كان الدين مستغرقا لما فى يده لان الدين مقدم على الميراث فقد اقر ان رب الدين احق منه بما فى يده واما الموصى له فهو شريك الوارث فصار مقرا بانه شريكه وشريك اخيه فى الثلث فلم يسلم له شئ الا ان يسلم للوارث مثليه * وفى العمادية ادعى رجل دينا على ميت فاقر احد ابنيه قال الفقيه ابو الليث الاختيار عندى ان يؤخذ منه ما يخصه من الدين وهو قول الشعبى والبصرى وابن ابى ليلى وسفيان الثورى وغيرهم ممن تابعهم وهذا القول ابعد من الضرر وقال بعض المشايخ

يؤخذ من حصة المقر جميع الدين وبه يفتى اليوم لكن قال مشايخنا هنا زيادة شئ لا يشترط في الكتب وهو ان يقضى القاضي عليه باقراره اذ بمجرد اقراره لا يحل الدين في نصيبه بل يحل بقضاء القاضي عليه ونظير تلك المسئلة ذكرت في الزيادات وهى ان احد الورثة اذا اقر بالدين ثم شهد هو ورجل ان الدين كان على الميت فانها تقبل وتسمع شهادة المقر فلو كان الدين يحل في نصيبه بمجرد اقراره لزم ان لا تقبل شهادته لما فيه من المغرم * قال صاحب الزيادات وينبغي ان تحفظ هذه الزيادة فان فيها فائدة عظيمة اه (وان اوصى بامة فولدت بعد موته) اى الموصى (فهما) اى الامة وولدها (للموصى له ان خرجا من الثلث) لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت ولدا قبل القسمة والتركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت قبلها حتى تقضى ديونه وتنفذ منها وصاياه دخل الولد في الوصية فيكونان للموصى له (والا) اى وان لم يخرجا من الثلث (اخذ) الموصى له (الثلث منها) اى من الام (ثم) اخذ (منه) اى من الولد فيأخذ الموصى له ما يخص الثلث من الام اولا فان فضل شئ يأخذه من الولد عند الامام (وعندهما يأخذ منهما) اى من الام والولد (على السواء) لان الولد دخل في الوصية تبعا حال اتصاله بها فلا يخرج عن الوصية بالانفصال فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم في الاخذ من الام * وله ان الام اصل والولد تبع والتبع لا يزاحم الاصل ولا يجوز نقض الاصل بالتبع وفي جعل الولد شريكا معها نقض الوصية بالام فلا يجوز بخلاف البيع والعتق لان تنفيذ البيع والعتق في الولد لا ينقص شيأ في الاصل بل يبقى تاما صحيحا الا انه يحط بعض الثمن من الاصل ضرورة اذا اتصل به القبض وذلك جائز لا بأس به لان الثمن تبع حتى لا يشترط وجوده عند البيع مقابلته بالولد وينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة وقبل قبول الموصى له فان ولدت بعد القبول وبعد القسمة فهو للموصى له لان التركة بالقسمة خرجت عن حكم ملك الميت فحدثت الزيادة على خالص ملك الموصى له وان ولدت بعد القبول قبل القسمة ذكر القدوري انه لا يصير موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع المال كما لو ولدت بعد القسمة ومشايخنا قالوا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما لو ولدت قبل القبول وان ولدت قبل موت الموصى لم تدخل تحت الوصية وبقى على حكم الميت لانه لم يدخل تحت الوصية قصدا والكسب كالولد في جميع ما ذكرنا كذا في الكافي

باب العتق في المرض

الاعتاق في المرض من انواع الوصية لكن لما كان له احكام مفروضة افرده بباب على حدة واخره من صريح الوصية لانه الاصل (العبرة لحال التصرف في التصرف المنجز) وهو الذي اوجب حكمه في الحال كانت حرا وو هبتك (فان كان) التصرف المنجز (في الصحة فمن كل المال وان كان (في مرض الموت فمن ثلثه) اى ثلث المال والمراد بالتصرف الذي هو انشاء ويكون فيه معنى التبرع حتى ان الاقرار بالدين في المرض ينفذ من كل المال والنكاح في المرض يكون المهر فيه من كل المال (و) التصرف (المضاف الى الموت) وهو ما اوجب حكمه بعد موته كانت حر

بعد موتي او هذا لزيد بعد موتي يعتبر (من الثلث وان كان) هذا التصرف (في الصحة) فالمعتبر ليس حالة العقد بل حالة الموت (ومرض صح) صفته (منه) اي من المرض (كالصحة) فقوله مرض مبتدأ خبره قوله كالصحة وانما كان كالصحة لان حق الغرماء والورثة لا يتعلق بماله الا في مرض موته وبالبرء منه تبين انه ليس بمرض موت فلا يكون لاحد حق في ماله فله التصرف فيه كما شاء (فالتحرير في مرض الموت والمحاباة) وهي ان يبيع عبدا قيمته مائتان بمائة مثلا (والكفالة والهبة وصية) اي كالوصية ووجه الشبه قوله (في اعتباره من الثلث) اي حكم هذه التصرفات كحكم الوصية حتى تعتبر من الثلث ومزاحمة اصحاب الوصايا في الضرب لانها وصية حقيقة لان الوصية ايجاب بعد الموت وهذه التصرفات منجزة في الحال (فان اعتق وحابا وضاق الثلث عنهما) اي من العتق والمحاباة (فالمحاباة اولى) اي تقدم على العتق هذا (ان قدمت) المحاباة على العتق (وهما) اي العتق والمحاباة (سواء ان اخرت) المحاباة بان عتق عبدا قيمته مائة ثم باع عبدا قيمته مائتان بمائة ولا مال له سواهما يقسم الثلث وهو المائة بينهما نصفين فيعتق نصف العبد ويسعى في نصف قيمته وصاحب المحاباة يأخذ العبد الآخر بمائة وخمسين * وهذا عند الامام وقالا هما سواء في المسئلتين له ان المحاباة اقوى لانه في ضمن عقد المعاوضة لكن ان وجد العتق اولا وهو لا يحتمل الرفع يزاحم المحاباة وهما يقولان ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ ولا اعتبار للتقدم في الذكر لانه لا يوجب التقديم في الثبوت الا اذا اتحد المستحق واستوت الحقوق (وان اعتق بين محاباتين) بان حابا ثم اعتق ثم حابا قسم الثلث (فنصف) الثلث (للاولى) اي للمحاباة الاولى (ونصف) الثلث (بين العتق و) المحاباة (الاخيرة) لان العتق مقدم على الاخيرة فيستويان وفي الهداية اذا حابا ثم اعتق ثم حابا ثم اعتق قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينهما وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان قال في العناية فيه بحث وهو ان المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية مساوية للعتق المقدم عليها فالمحاباة الاولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب الامام والجواب ان شرط الانتاج ان تلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك كما عرف في موضعه انتهى لكن يرد عليه ان المساوي للمساوي للشيء مساو لذلك الشيء فيعود المحذور اللهم الا ان يقال ان مساواة المحاباة الاولى للثانية من جهة ومساواة الثانية للعتق المقدم من جهة اخرى وحيث انفكت الجهة اندفع المحذور (وان حابى بين عتقين) بان اعتق ثم حابى ثم اعتق (فنصف) الثلث (للمحاباة ونصف) الثلث (للعتقين) بان يقسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني هذا عند الامام (وعندهما العتق اولى في الجميع) لانه لا يلحقه الفسخ بوجه من الوجوه بخلاف المحاباة فانه يلحقها الفسخ (وان اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم بطلت الوصية) عند الامام (وعندهما يعتق) عنه عبد (بما بقي) لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن قياسا على الوصية بالحج (ولو) كان (مكان العتق حج حج بما بقي اجماعا) وله ان وصيته بالعتق لعبد يشترى

بمائة من ماله وتنفيذها فيمن يشتري باقل منه تنفيذ في غير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل فصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع اليه الباقي * قال الزيلعي قيل هذه المسئلة مبنية على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة فيه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل الشهادة فيه من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا البناء صحيح لان الاصل ثابت معروف ولا سبيل الى انكاره (وتبطل الوصية بعتق عبده لو جنى بعد موت سيده فدفع بها) اى بالجناية لان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصى فكذا على حق الموصى له وهو العبد نفسه لانه يتلقى الملك من جهة الموصى وملك الموصى باق الى ان يدفع وبالدفع يزول ملكه فاذا خرج من ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصى او وارثه بعد موته بالدين (وان فدى) اى العبد بان اعطى الورثة الفداء لولي الجناية بمقابلة العبد (لا) تبطل الوصية لانهم كانوا متبرعين بالفداء وانما جازت الوصية حينئذ لان العبد برئ من الجناية فصار كأنه لم يجن (ولو اوصى لزيد بثلث ماله وترك عبدا فادعى زيد عتقه في الصحة) اى صحة الموصى (و) ادعى (الوارث عتقه في المرض فالقول للوارث) مع اليمين وصورة المسئلة اذا اوصى بثلث ماله لزيد وله عبد فاقر الموصى له والوارث ان الموصى اعتق هذا العبد لكن قال الموصى له اعتقه في الصحة لئلا تكون وصية تنفذ من الثلث وقال الوارث اعتقه في المرض لتكون وصية فالقول قول الوارث مع يمينه (ولا شيء لزيد الا ان يفضل الثلث من قيمته) اى العبد (او يبرهن) زيد (على دعواه) وهو عتقه في الصحة فينفذ من جميع المال والوارث ينكر استحقاقه ثلث ماله غير العبد فلا يثبت الاستحقاق لزيد بلا برهان فان لم يبرهن حلف الوارث انه لم يعلم ان مورثه اعتقه في الصحة وانما كان القول للوارث لان العتق من الحوادث فيحكم بحدوثه من اقرب الاوقات للتيقن بها واقرب الاوقات هنا وقت المرض وكان الظاهر شاهدا للوارث فكان القول قوله مع اليمين الا ان يفضل من الثلث شيء على قيمة العبد لانه لا مزاحم له او تقوم البينة ان العتق في الصحة اذ الثابت بالبينة بمنزلة الثابت بالمعاينة ثم البينة انما تقبل من خصم والعتق حق العبد عنده ولكنه اى الموصى له بالثلث خصم في اقامتها لاثبات حقه (ولو ادعى رجل على الميت دينا و) ادعى (العبد اعتاقه في صحته وصدقهما الوارث سعى العبد في قيمته وتدفع الى الغريم) عند الامام (وعندهما لا يسعى) لهما ان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فكأنهما وقعا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه في المرض يعتبر من كل المال والاقرار بالعتق يعتبر من الثلث فيجب ان يبطل العتق لكنه لا يحتمل البطلان فيبطل معنى بايجاب السعاية عليه ولان اسناد العتق الى الصحة انما يصح اذا لم يوجد شغل الدين وقد وجد الدين هنا فمنع الاسناد فوجب رده بالدين ورده بالسعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ابنا والف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال رجل هذا الالف الذي تركه ابوك كان وديعة لي عند ابيك وقال الابن صدقتما فعنده الالف بينهما نصفان لانه لم تظهر الوديعة الا

والدين ظاهر معها فيتحاصان كما اذا قر بالوديعة ثم بالدين وقالا الوديعة احق لانها ثبتت في عين الالف والدين يثبت في الذمة اولا ثم ينتقل الى العين فكانت اسبق وصاحبها احق كما لو كان المورث حيا وقال صدقتما وذكر في الهداية فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء والاصح ماذكرنا اولا وبه ينطق شروح الجامع الصغير وشروح المنظومة كذا في الكافي (وان اجتمعت وصايا وضاق الثلث عنها قدمت الفرائض) كالحج والزكاة والكفارات (وان اخرها) اى الموصى الفرائض في الذكر لان الفرض اهم من النفل (فان تساوت) الوصايا (في الفرضية اوغيرها) بان كان جميعها نفلا (قدم ماقدمه) الموصى لان الظاهر من حال الموصى ان يبدأ بما هو الاهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت بالنص (وقيل) ان تساوت في الفرضية (تقدم الزكاة على الحج) وهو ماذكره الطحاوى (وقيل بالعكس) قال في الكافي واختلفت الروايات عن ابي يوسف في الحج والزكاة وقال في احدى الروايتين يبدأ بالحج وان اخره لان الحج يتأدى بالبدن والمال والزكاة بالمال فحسب فكان الحج اقوى فيبدأ به وروى عنه انه تقدم عليه الزكاة بكل حال لان حق الفقير ثابت والحج محض حق الله تعالى فكانت الزكاة اقوى (ويقدم الحج والزكاة على الكفارات في القتل والظهار واليمين) لرجحانهما عليها فقد جاء فيهما الوعيد ما لم يأت في كفارة قال الله تعالى «ومن كفر فان الله غني عن العالمين» وقال الله تعالى «والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب اليم» وغير ذلك من الاحاديث الواردة فيهما (و) تقدم (الكفارات على صدقة الفطر) لورود القرآن بوجوبها بخلاف صدقة الفطر (و) تقدم (صدقة الفطر على الاضحية) للاتفاق في وجوبها وللاختلاف في وجوب التضحية وماهو متفق على وجوبه اولى بالتقديم وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على بعض كالنذر يقدم على الاضحية لان النذر ثابت بالكتاب دونها (وان اوصى بحجة الاسلام احجوا) اى الورثة (عنه) اى عن الموصى (رجلا من بلده) الذي يحج ذلك الرجل عنه حال كونه (راكبا) لان الواجب عليه ان يحج من بلده فيجب الاحجاج عنه كما وجب لان الوصية لاداء ماهو الواجب عليه وانما شرط ان يكون راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فوجب الاحجاج عنه على الوجه الذي لزمه (ان وفت النفقة) للاحجاج من بلده راكبا (والا) اى وان لم تف النفقة (فمن حيث تفي) النفقة * وفي القياس لا يحج عنه * لانه اوصى بالحج بصفة وقد عدمت * وجه الاستحسان انا نعلم ان غرضه تنفيذ الوصية فتنفذ ما امكن (وان خرج حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه حج عنه من بلده) عند الامام وزفر لان عمله قد انقطع بموته لقوله عليه السلام «اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث» والخروج الى الحج ليس من الثلاثة فظهر بموته ان سفره كان سفر الموت لا سفر الحج فكان في هذا المعنى كخروجه للتجارة اذا مات يحج عنه من بلده فكذا هنا (وعندهما من حيث مات استحسانا) لان السفر بنية الحج وقع قربة وقد وقع اجره على الله لقوله تعالى «ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع اجره على الله» ولم ينقطع بموته فيكتب له حج مبرور فيبتدأ

(من)

من ذلك المكان كأنه من اهل ذلك المكان بخلاف ما اذا خرج بنية التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده (وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره فى الطريق) فيحج عنه ثانيا من وطنه عند الامام وعندهما من حيث مات

باب الوصية للاقارب وغيرهم

انما اخر هذا الباب عما تقدمه لان المذكور فى هذا الباب احكام الوصية لقوم مخصوصين والمذكور فيما تقدم احكامها على العموم والخصوص ابدا تابع للعموم (جار الانسان ملاصقه) قدم الوصية للجار على الوصية للاقارب تبعا لما فى الهداية وكان حق الكلام ان يقدم الوصية للاقارب على الوصية للجار نظرا الى ترجمة الباب واجاب عنه فى العناية بان الواو لا تدل على الترتيب وان التقديم فى الذكر اهتماما بامر الجار ثم ان حمل الجار على الملاصق هو مذهب الامام وهو القياس وقد حمل عليه قوله عليه السلام * الجار احق بصقبه * ومعنى الحديث ان الجار احق بالشفعة اذا كان ملاصقا (وعندهما) جار الانسان (من يسكن محلته ويجمعهم مسجدها) اى مسجد المحلة لان الكل يسمى جيرانا عرفا قال عليه السلام * لا صلاة لجار المسجد الا فى المسجد * وفسر بكل من سمع النداء ولان المقصود البر والبر بالجار لا يختص بالملاصق بل بر المقابل مقصود كبر الملاصق غير انه لا بد من نوع اختلاط فاذا جمعهم مسجد واحد فقد وجد الاختلاط واذا اختلفا فى المسجد زال الاختلاط وقال الشافعى الجوار الى اربعين دارا * قلنا هذا الخبر ضعيف فقد طعنوا فى رواته (ويستوى فيه) اى لفظ الجار (الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمى) والصغير والكبير كذلك وانما دخل المذكورون فى لفظ الجار لصدقه عليهم لغة وشرعا ويدخل فيه العبد الساكن عنده لان مطلق هذا الاسم يتناوله ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو ليس بجار بخلاف المكاتب فانه لا يملك ما فى يد العبد الا تمليكه الا يرى انه يجوز له اخذ الزكاة وان كان مولاه غنيا بخلاف القن والمدبر وام الولد والارملة تدخل لان سكناها مضافة اليها ولا تدخل التى لها بعل لان سكناها غير مضافة اليها وانما هى تبع فلم تكن جارا مطلقا (وصهره من هو ذو رحم محرم من امرأته) لانه عليه السلام لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذى رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبى عليه السلام * وهذا التفسير اختيار محمد وابى عبيد * وفى الصحاح الاصهار اهل بيت المرأة ولم يقيده بالمحرم * وفى الكافى وانما يدخل فى الوصية من كان صهر الموصى يوم موته بان كانت المرأة منكوحة له عند الموت او معتدة عنه بطلاق رجعى لان المعتبر حالة الموت حتى لو مات الموصى والمرأة فى نكاحه او عدته من طلاق رجعى فالصهر يستحق الوصية لان الطلاق الرجعى لا يقطع النكاح وان كانت فى عدة من طلاق بائن او ثلاث لا يستحقها لان انقطاع النكاح يوجب انقطاع الصهرية اه (وختنه من هو زوج ذات رحم محرم منه) كازواج البنات والاخوات والعمات والخالات لان الكل يسمى ختنا وكذا كل ذى رحم محرم من ازواجهن عند محمد لانهم يسمون اختانا * وقيل هذا فى عرفهم واما فى عرفنا فلا يتناول الازواج المحارم (ويستوى فى ذلك) اى فى الصهر والختن (الحر والعبد والاقرب والابعد) لان اللفظ يتناولهم جميعا (واقاربه واقرباؤه

وذوقرابته وارحامه وذوارحامه وانسابه الاقرب فالاقرب من كل ذى رحم محرم منه) يعنى اذااوصى الى اقاربه واقربائه اوذوى قرابته اوارحامه اوذوى ارحامه اوانسابه تكون الوصية الاقرب فالاقرب من كل ذى رحم محرم منه (ولا يدخل فيه) اى فى كل واحد من هذه الالفاظ (الولدان والولد) ولاالوارث ويكون للاثنين فصاعداهذا عندالامام ويستوى فيه الصغير والكبير والحر والعبد والذكر والانثى والمسلم والكافر (وفى الجلد روايتان) وكذا فى ولد الولد وفى ظاهر الرواية عن الامام انهم يدخلون وفى رواية عن الشيخين انهم لايدخلون (وان لم يكن له ذو رحم محرم) منه (بطلت) الوصية عندالامام لانه تبين ان الوصية منه لمعدوم فكانت باطلة (وتكون) ى الوصية (للاثنين فصاعدا) لانها اخت الميراث والجمع فى المواريث اثنان فصاعدافكذا الوصية (وعندهما) يدخل فى الوصية (من ينسب اليه) اى الى الموصى من قبل الاب او الام (الى اقصى اب له فى الاسلام بان اسلم اوادرك الاسلام وان لم يسلم) قيل يشترط اسلام الاب الاقصى وقيل لايشترط ولكن بشرط ادراكه للاسلام حتى لو اوصى علوى لذوى قرابته فمن شرط الاسلام يصرف الوصية الى اولاد على رضى الله عنه لاالى اولاد ابى طالب ومن لم يشترط يصرفها الى اولاد ابى طالب فيدخل فيها اولاد عقيل وجعفر ولا يدخل اولاد عبدالمطلب بالاجماع لانه لم يدرك الاسلام (فمن له عمان وخالان الوصية لعميه) يعنى اذااوصى الى اقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عندالامام رحمه الله تعالى لانه يعتبر الاقرب فالاقرب كما فى الارث (وعندهما الكل على السواء) فتقسم بينهم ارباعالان اسم القريب يتناولهم ولايعتبران الاقرب (ومن له عم وخالان نصف الوصية لعمه ونصفها بين خاليه) لانه لابد من اعتبار معنى الجمع واقله فى الوصية والارث اثنان فيكون للواحد النصف وبقى النصف الآخر ولا مستحق له اقرب من الخالين فكان لهما (وان) كان (له عم) واحد (فقط فنصفها) اى الوصية (له) اى للعم لانه لابد من اعتبار الجمع فيه ويرد النصف الآخر من الثلث الى الورثة لعدم من يستحقه لان اللفظ جمع وادناه اثنان فى الوصية فلهذا يعطى له النصف والنصف الآخر للورثة (وان) كان له (عم وعمة وخال وخالة فالوصية للعم والعمة على السواء) لاستواء قرابتهما وقرابة العمومة اقوى من قرابة الخؤلة والعمة وان لم تكن وارثة فهى مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا (وعندهما الوصية للكل على السوية فى جميع ذلك) لما عرف من مذهبهما انهما لايشترطان الاقرب فالاقرب كما اشترطه الامام (واهل الرجل زوجته) عندالامام يعنى اذا اوصى لاهل رجل فهى لزوجته (وعندهما) اهل الرجل (من يعولهم وتضمهم نفقته) يعنى عندهما اهل الرجل من كانوا فى عياله وتلزمه نفقتهم اعتبار العرف المؤيد بالنص وهو قوله تعالى *وأتونى باهلكم اجمعين* وقال تعالى *فنجيناه واهله الاامرأته* والمراد من كان فى عياله وللامام قوله تعالى *وسار باهله* اى زوجته بنت شعيب عليه السلام ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا اى تزوج والمطلق ينصرف الى الحقيقة المستعملة كما فى الهداية (وآله اهل بيته) يعنى اذااوصى لآل فلان فهى لاهل بيته فيدخل فيه كل من ينسب اليه من آبائه الى اقصى اب له فى الاسلام ولا يدخل فيه

(اولاد)

اولادالبنات ولااولادالاخوات ولااحد من قرابةامه لانهم لاينسبون اليه وانما ينسبون الى آبائهم (وابوه وجده من اهل بيته) لان الاب والجد يعدان من اهل البيت (واهل نسبه من ينسب اليه من جهة الاب) لان النسب انما يكون من جهة الآباء (وجنسه اهل بيت ابيه) دون امه لان الانسان يتجنس بابيه فصار كا آله بخلاف قرابته حيث يدخل فيه من كان من جهة الام ايضا لان الكل يسمون قرابة (والوصية) مبتدأ (لبنى فلان وهو اب صلب) جملة وهو اب صلب حال من المضاف اليه (للذكور خاصة) خبره فلا يدخل فيه الاناث لان حقيقة هذا اللفظ انما هو للذكور * وهذا رواية عن الامام (وعندهما وهو رواية) اخرى (عن الامام يدخل) فيه (الاناث ايضا) اى كالذكور ودخول الاناث فى بنى فلان اما تغليب او مجاز بارادة الفروع (و) الوصية (لورثة فلان للذكر مثل حظ الانثيين) لان الاسم مشتق من الوراثة فآذن بان قصده التفضيل وهى فى اولاد المورث للذكر مثل حظ الانثيين فكانت الوصية كالميراث من حيث ان التنصيص على الاسم المشتق يدل على ان الحكم يترتب على مأخذ الاشتقاق (و) لو اوصى (لولد فلان للذكر والانثى على السواء) لان الولد ينتظم بالكل (ولا يدخل اولاد الابن عند وجود اولاد الصلب) لان الولد حقيقة يتناول ولد الصلب وتدخل فيه الاناث حتى اذا كان له بنات صلبية وبنو ابن فالوصية للبنات عملا بالحقيقة ما امكن العمل بها (ويدخلون) اى اولاد الابن (عند عدمهم) اى اولاد الصلب لانه لما تعذر العمل بالحقيقة صير الى المجاز بخلاف المسئلة الاولى (دون اولاد البنت) وانما لا يدخلون مطلقا لان اولاد البنات انما ينسبون الى ابيهم كما قال الشاعر * بنونا بنو ابنائنا وبناتنا * بنوهن ابناء الرجال الاباعد * (وان اوصى لبنى فلان وهو) اى فلان (ابو قبيلة) كبنى تميم مثلا (لا يحصون) كثرة (فهى) اى الوصية (باطلة) لانه لا يمكن تصحيحه فى حق الكل لعدم احصائهم فتبطل الوصية لتعذر الصرف (وان) اوصى (لايتامهم او عميانهم او زمناتهم او اراملهم فللغنى والفقير منهم والذكر والانثى ان كانوا) اى الموصى لهم (يحصون) لان الوصية تمليك وامكن تحقيق معنى التمليك فى حقهم ثم قيل حد الاحصاء عند ابى يوسف ان لا يحتاج من يعدهم الى حساب ولا كتاب فان احتيج الى ذلك فهم لا يحصون وهذا ايسر وقال بعضهم هو مفوض الى رأى القاضى كذا فى شروح الهداية (وللفقراء منهم خاصة ان كانوا لا يحصون) لان المقصود من الوصية القربة وهذه الاسامى اعنى الايتام وما بعده تشعر بتحقق الحاجة فيحمل على الفقراء (و) ان اوصى (لمواليه فهى) اى الوصية (لمن اعتقهم فى الصحة او المرض ولاولادهم) اى اولاد المعتقين من الرجال والنساء واعتاقه قبل الوصية وبعدها سواء ولا يدخل فيه المدبرون وامهات الاولاد وعن ابى يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم فى حقهم بحيث لا يلحقه الفسخ فنسبوا الى الولاء كالمعتقين (ولا يدخل) فيها (مولى الموالاة) لان ولاء العتاقة بالعتق وولاء الموالاة بالعقد فهما معنيان متغايران فلا ينتظمهما لفظ واحد بخلاف اولاد المعتقين لانهم ينسبون الى المعتق بواسطة ابائهم بولاء واحد (ولا) يدخل فيها (موالى الموالى الا عند عدمهم) اى الموالى لانهم ليسوا موالى الموصى حقيقة فهم بمنزلة ولد الولد مع ولد الصلب فلا يتناولهم الاسم

الا عند عدم المولى حقيقة كما مر فى ولد الولد مع وجود الولد او عدمه (وتبطل) الوصية (ان كان له) اى للموصى (معتقون) بكسر التاء (ومعتقون) بفتح التاء يعنى اذا اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة لان اللفظ مشترك ولا عموم له ولا قرينة تدل على احدهما ولا فرق فى ذلك عند عامة اصحابنا بين النفى والاثبات واختار شمس الائمة وصاحب الهداية انه يعم اذا وقع فى حيز النفى كما لو حلف لا يكلم موالى فلان حيث يتناول الجميع والجواب عنه على قول عامة الاصحاب كما فى العناية ان ترك الكلام مع الموالى مطلقا ليس لوقوعه فى النفى بل لان الحامل على اليمين بغضه لهم وهو غير مختلف وقد قرره فى التقرير بما مزيد عليه فان قيل سلمنا ان لفظ الموالى مشترك وحكمه التوقف فكيف حكم ببطلانها قلنا ان ذلك فيما اذا مات الموصى قبل البيان والتوقف فى مثله لا يفيد * فان قيل الترجيح من جهة اخرى ممكن وهى ان شكر المنعم واجب فتصرف الى الموالى الذين اعتقوه واما فضل الانعام فى حق الذين اعتقهم هو فمندوب اليه والصرف الى الواجب اولى من الصرف الى المندوب كما هو المروى عن ابى يوسف بهذا المعنى * قلنا اجيب بانها معاوضة بجهة اخرى وهى جريان العرف بالوصية للفقراء والغالب فى المعتقين بفتح التاء ان يكونوا فقراء وفى المعتقين بكسرها الغالب ان يكونوا اغنياء والمعروف عرفا كالمشروط شرطا كما هو المروى عن ابى يوسف بهذا المعنى (واقل الجمع اثنان فى الوصايا كالمواريث) لما بينا ان الوصايا اخت المواريث وقد ورد النص فى القرآن باطلاق الجمع على الاثنين فى المواريث فقلنا فى الوصايا ان اقل الجمع فيها اثنان ايضا حملا على ما ورد به النص فى المواريث

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

لما فرغ من ذكر احكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع فى بيان الوصايا المتعلقة بالمنافع واخر هذا الباب من جهة ان المنافع بعد وجود الاعيان ليوافق الوضع الطبع (تصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره وبغلتهما) اى العبد والدار (مدة معينة) كسنة او سنتين مثلا (وابدا) لان المنفعة تحتمل التمليك ببدل وغير بدل فى حال الحياة فتحتمل التمليك بعد الممات كالاعيان دفعا للحاجة * وهذا لان الموصى يبقى العين على ملكه حتى يجعله مشغولا بتصرفه موقوفا على حاجته وانما تحدث المنفعة على ملكه كما يستوفى الموقوف عليه المنفعة على حكم ملك الواقف ويجوز موقتا ومؤبدا كالعارية وهذا بخلاف الميراث فالارث لا يجرى فى الخدمة بدون الرقبة لان الوارثة خلافة وتفسيرها ان يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكا للمورث * وهذا انما يتصور فيما يبقى وقتين والمنفعة لا تبقى وقتين فاما الوصية فايجاب ملك بالعقد كالاجارة والاعارة وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانها بدل المنفعة فاخذت حكمها (فان خرج ذلك) المذكور من رقبة العبد والدار (من الثلث سلم الى الموصى له) بخدمته وسكناه فيها لان حق الموصى له فى الثلث لا نزاحمه الورثة (والا) اى وان لم تخرج من الثلث (قسمت الدار) عينها اثلاثا (وتهايئا فى العبد يومين لهم ويوما له) لان حق الموصى له فى الثلث وحقهم فى الثلثين كما فى الوصية بالعين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه مما لا يحتمل القسمة فصرنا الى المهايأة هذا اذا كانت الوصية غير موقتة وان كانت موقتة بوقت كالسنة

مثلا فان كانت السنة غير معينة يخدم الورثة يومين والموصى له يوما الى ان يمضى ثلاث سنين فاذا
مضت سلم الى الورثة لان الموصى له استوفى حقه وان كانت معينة فان مضت السنة قبل موت
الموصى بطلت الوصية وان مات قبل مضيها يخدم الموصى له يوما والورثة يومين الى ان تمضى
تلك السنة فاذا مضت سلم الى الورثة وكذا الحكم لو مات الموصى بعد مضى بعضها بخلاف الوصية
بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع بها الامكان قسمة عين
الدار اجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفى المهايأة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا
الدار مهايأة من حيث الزمان يجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاولى لكونه اعدل (فاذا مات
الموصى له ردت) اى الوصية من العبد او الدار (الى ورثة الموصى) لانه اوجب الحق للموصى له
ليستوفى المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له لاستحقاقها ابتداء من ملك الموصى
بغير رضاه وذلك غير جائز (وان مات) الموصى له (فى حياة الموصى بطلت) الوصية لانها
تمليك مضاف الى ما بعد الموت وملك الموصى ثابت فى الحال فلا يتصور تملك الموصى له
بعد موته (ومن الموصى له بغلة الدار او العبد لا يجوز له السكنى والاستخدام فى الاصح)
لانه اوصى له بالغلة وهى الدراهم او الدنانير *وهذا استيفاء المنفعة نفسها ولا شك انهما متغايران
ويتفاوتان فى حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة باسترداده منه بعد استغلالها
بخلاف ما اذا استوفى المنافع نفسها وقوله فى الاصح احتراز عما قال بعضهم يجوز له السكنى
والاستخدام لان المقصود هو المنفعة وهى حاصلة بهذين الطريقين (ولا) يجوز (لمن
اوصى له بالخدمة) فى العبد (والسكنى) فى الدار (ان يؤاجر) العبد والدار وقال الشافعى
له ذلك لان تمليك المنفعة بعقد مضاف الى ما بعد الموت كتمليك المنفعة فى حال الحياة ولو تملك
المنفعة بالاستئجار فى حال الحياة تملك الاجارة وكذا اذا تملك المنفعة بالوصية بعد الموت وهذا
لان المنافع كالاعيان عنده لما مر بخلاف المستعير فانه لا يملك المنفعة لانها اباحة الانتفاع عنده
ولهذا لا يتعلق بالاعارة اللزوم والوصية بالمنفعة يتعلق بها اللزوم ولنا ان الموصى له ملك المنفعة
بغير عوض فلا يملك تمليكه من غيره بعوض كالمستعير فانه لا يملك الاجارة وذلك لان المستعير
مالك المنفعة اذ التمليك فى حال الحياة اقرب الى الجواز بعد الممات واذا احتملت المنفعة التمليك
بعد الموت بغير عوض فلان تحتمل ذلك فى حال الحياة اولى (وان اوصى له بثمرة بستانه فمات
الموصى (وفيه) اى فى البستان (ثمرة فله) اى للموصى له (هذه) اى الثمرة الموجودة (فقط)
لا ما يحدث بعدها (وان زاد ابدا) اى زاد فى تلك الوصية لفظ ابدا (فله) اى للموصى له
(هى) اى الثمرة الموجودة (وما يستقبل) عطف على الضمير المنفصل عنى قوله هى اى يستحق الثمرة
الموجودة وما يحدث من الثمرة فى المستقبل عملا بالتأبيد فى لفظ الموصى (وان اوصى) له (بغلة
بستانه فله الموجود وما يستقبل) وحاصله انه اذا اوصى له بالغلة استحقها دائما وبالثمرة لا يستحق
الا القائمة الا اذا زاد لفظ ابدا فيصير كالغلة فيستحقها دائما والفرق بينهما ان الثمرة اسم للموجود
عرفا فلا يتناول ما سيحدث بعد الا بلفظ يدل على ذلك كابدا ونحوه واما الغلة فتنتظم الموجود

ومايكون بعرض ان يوجد مرة بعد اخرى كما يقال في العرف فلان يأكل من غلة بستانه او ارضه اوداره فيصدق على ماينتفع به في الحال او في الاستقبال (وان اوصى له بصوف غنمه اولبنها) اى الغنم (اواولادها فله مايوجد من ذلك عند موته فقط) سواء (قال ابدا اولم يقل) اى للموصى له مايوجد من ذلك الموصى به مافي بطونها من الاولاد وما في ضروعها من الالبان وما على ظهورها من الصوف يوم مات الموصى سواء قال ابدا اولم يقل لانها ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ * والفرق بينهما وبين ماتقدم ان الصوف والولد واللبن الموجودات يصح استحقاقها بالعقود فانها تملك تبعا بكل عقد فكذا بالوصية فاما المعدوم منها فلم يشرع استحقاقها بشئ من العقود فلم يصح استحقاقها بعقد الوصية فاما الثمرة او الغلة المعدومة فيصح استحقاقها بعقد المزارعة والمعاملة فلان يستحق بالوصية اولى

باب وصية الذمي

انما ذكر وصية الذمي عقيب وصية المسلم لما ان اهل الذمة ملحقون بالمسلمين في المعاملات (ولو جعل ذمي داره بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهي ميراث) اما عند الامام فلانها بمنزلة الوقف ووقف المسلم يورث عنده فهذا اولى وانما قلنا يورث عنه لانه غير لازم عنده واما عندهما فالوصية باطلة لان هذا معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لان في تنفيذها تقرير المعصية (ولو اوصى به) اى بجعل داره بيعة او كنيسة (لقوم مسمين جاز) اى الايصاء (من الثلث) اتفاقا لان في الوصية معنى التمليك ومعنى الاستخلاف وللموصى ولاية كليهما (وكذا) يجوز (في غير المسلمين) بان اوصى لقوم غير مخصوصين هذا عند الامام (خلافا لهما) فانهما قالا انها باطلة الا ان يوصي لقوم باعيانهم والحاصل ان وصايا الذمي على اربعة اوجه احدها ان يوصي بما هو معصية عندنا وعندهم كالوصية للمغنيات والنائحات فهذا لايصح اجماعا الا ان يكون لقوم باعيانهم فتصح تمليكا من الثلث فان كانوا لايحصون لايصح تمليكا لان التمليك من المجهول لايصح ولا يمكن تصحيحها قربة لانها معصية عند الكل وثانيها ان يوصي بما هو معصية عندهم قربة عندنا كما لو اوصى ان يجعل داره مسجدا او يسرج في المساجد او اوصى بالحج وهي باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم لانا امرنا ان نتركهم وما يدينون وثالثها ان يوصي بما هو قربة عندنا وعندهم كما لو اوصى بثلث ماله للفقراء والمساكين او لعتق الرقاب او يسرج في بيت المقدس وهي صحيحة اجماعا لاتفاق الكل على كون ذلك قربة ورابعها ان يوصي بما هو قربة عندهم معصية عندنا كما لو اوصى ان يجعل داره بيعة او كنيسة او بيت نار يسرج فيه او تذبح الخنازير ويطعم المشركون فهي صحيحة ايضا عند الامام سمى قوما اولم يسم وقالا هي باطلة الا ان يسمي قوما باعيانهم لهما ان هذه وصية بمعصية وفي تنفيذها تقرير المعصية والسبيل في المعاصي ردها لاقبولها فوجب القول بالبطلان * وله ان المعتبر دياناتهم في حقهم لانا امرنا ان نتركهم وما يدينون وهي قربة عندهم فتصح الا يرى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة عندنا معصية عندهم لاتجوز الوصية اعتبارا لدياناتهم فكذا عكسه (وتصح وصية مستأمن لاوارث له في دارنا بكل ماله لمسلم او ذمي) لان القصر على الثلث شرعا لحق الورثة حتى تنفذ باجازتهم وليس لورثته

حق مرعى لانهم فى دار الحرب وهم اموات والحجر بناه على حق معصوم لايصلح دليلا على الحجر لحق غير معصوم اذ حقوق اهل الحرب غير معصومة حتى لو كانت ورثته فى دار الاسلام بامان او بذمة تقدر بقدر الثلث لحرمتهم (وان اوصى) المستأمن (ببعضه) اى ببعض ماله ثم مات (رد الباقى) من ماله (الى ورثته) الذين فى دار الحرب لان الرد الى ورثته من حق المستأمن ايضا لا عارية لحق الورثة حتى يرد ان يقال كيف يرد الباقى الى ورثته الذين فى دار الحرب وقد قلتم بانهم ليس لورثته حق مرعى (وتصح الوصية له) اى للمستأمن (مادام فى دارنا) سواء كانت الوصية (من مسلم او ذمى) لانه مادام فى دارنا فله حكم اهل الذمة فى المعاملات حتى يصح منه عقود التمليكات فى حال حياته ويصح تبرعه فى حياته فكذا بعد مماته وعن الشيخين انه لايجوز لانه من اهل الحرب لانه يقصد الرجوع ويمكن منه بخلاف الذمى (وصاحب الهوى) وهو الذى يتبع هوى نفسه ميلا للبدعة (ان لم يكفر بهواه) اى لم يحكم بكفره بما ارتكبه من الهوى (فهو كالمسلم فى الوصية) لانا امرنا ببناء الاحكام على ظاهر الاسلام (والا) اى وان لم يكن كذلك بل حكم بكفره بما ارتكبه من الهوى (فكالمرتد) فيكون على الخلاف المعروف بين الامام وصاحبيه فى تصرفاته قال فى الكافى ووصايا المرتدة نافذة بالاجماع كالذمية لانها تبقى على الردة ولا تقتل عندنا اه * وفى المنح والمرتدة فى الوصية كذمية فتصح وصاياها قال فى الهداية وهو الاصح لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم قال فى النهاية وذكر صاحب الكتاب فى الزيادات على خلاف هذا وقال بعضهم لاتكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح فلا تصح منها وصية قلت والظاهر انه لامنافاة بين كلاميه لانه قال هناك وهو الصحيح وقال هنا الاصح وهما يصدقان كذا فى العناية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها واما المرتدة فلا تقر على اعتقادها والاشبه ان تكون كالذمية فتجوز وصيتها لانها لا تقتل ولهذا يجوز جميع تصرفاتها فكذا الوصية وذكر العتابى فى الزيادات ان من ارتد عن الاسلام الى النصرانية او اليهودية او المجوسية فحكم وصاياه حكم من انتقل اليهم فما صح منهم صح منه وهذا عندهما واما عند الامام فوصيته موقوفة ووصايا المرتدة نافذة بالاجماع لانها لاتقتل عندنا اه * نظهر بما ذكرناه من المنح ان دعوى الاجماع على كون وصيتها نافذة محل نظر فليتأمل (ووصية الذمى تعتبر من الثلث ولا تصح لوارثه) لالتزام اهل الذمة احكام المسلمين فيما يرجع الى المعاملات فيجرى عليهم احكامنا كما فى وصية المسلم (ويجوز) وصيته (لذمى من غير ملته) كوصية نصرانى ليهودى وبالعكس لان الكفر ملة واحدة (لا) تجوز وصيته (لحربى فى دار الحرب) لان اختلاف الدارين يمنع الارث فكذا الوصية لانها اخت الميراث كما تقدم

باب الوصى

لما فرغ من بيان الموصى له شرع فى بيان احكام الموصى اليه وهو الوصى لان كتاب الوصايا ينتظمه ايضا وانما قدم احكام الموصى له لكثرتها وكون الحاجة الى معرفتها امس (ومن اوصى الى رجل فقبل فى وجهه ورد) الوصية (فى غيبته لا يرتد) لان الموصى مات معتمدا عليه فلو صح رده فى غير وجهه سواء كان فى حياته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فلا اعتبار لرده

فی غیبته و یبقی وصیا کما کان * فان قیل ما الفرق بین الموصی له والموصی الیه فی ان رد الموصی له
بعد قبوله و بعد موت الموصی یعتبر دون رد الموصی الیه قلنا ان نفع الوصیة للموصی له نفسه
بخلاف الموصی الیه فان نفع الوصیة راجع الی الموصی فکان فی رده بغیره اضرار علیه وهو
لا یجوز فلهذا قلنا لا یعتبر رده دفعا للضرر عن الموصی (وان رد فی وجهه) ای وجه الموصی
(یرتد) لانه لیس للموصی ولایة الزامه التصرف ولا غرور فیه فتوقف علی قبوله (فان
لم یقبل) الموصی الیه (ولم یرده) بل سکت (حتی مات الموصی فهو) ای الموصی الیه (مخیر
بین القبول وعدمه) لانه لیس الموصی ولایة الالزام فبقی مخیرا (وان باع) ای الموصی الیه (شیأ
من الترکة لم یبق له الرد وان) کان (غیر عالم بالایصاء) فصار بیعه الترکة کقبول الوصیة وینفذ
بیعه وان لم یکن عالما بالایصاء بخلاف الوکیل اذا لم یعلم بالتوکیل فباع حیث لا ینفذ ولا یکون
البیع من غیر علم قبولا (فان رد) الوصی الوصایة (بعد موته) ای موت الموصی (ثم قبل صح
مالم ینفذ قاض رده) ولم یخرجه من الوصایة لما قال لا اقبل لان مجرد قوله لا اقبل لا یبطل
الایصاء لان فیه ضررا بالمیت وضرر الوصی فی الابقاء مجبور بالثواب الا ان القاضی اذا اخرجه
عن الوصایة یصح لانه مجتهد فیه فکان له اخراجه بعد قوله لا اقبل کما کان له اخراجه بعد قبوله
حتی اذا رأی غیره أصلح کان له عزله ونصب غیره وربما یعجز هو عن ذلک فیتضرر ببقاء الوصیة *
فیدفع القاضی الضرر عنه وینصب حافظا لمال المیت یتصرف فیه فیندفع الضرر من الجانبین
ولو قال اقبل بعد ما اخرجه القاضی لا یلتفت الیه لانه قبل بعد ما بطلت الوصیة باخراج القاضی
ایاه (وان اوصی الی عبد او کافر او فاسق اخرجه القاضی ونصب غیره) ای اذا اوصی الی
هؤلاء المذکورین اخرجهم القاضی عن الوصایة واستبدل غیرهم مکانهم وذکر القدوری
ان القاضی یخرجهم عن الوصیة وهذا یدل علی ان الوصیة کانت لهم صحیحة لان الاخراج
یکون بعد الدخول ویدل علیه ما فی السراجیة من قوله اذا اوصی الی عبد او ذمی او فاسق
اخرجهم القاضی عن الوصایة ولو تصرفوا قبل الاخراج جاز انتهی وذکر محمد فی الاصل
ان الوصیة باطلة لعدم الولایة لهم ووجه الصحة ثم الاخراج کما ذکره الزیلعی ان اصل النظر
ثابت لقدرة العبد حقیقة وولایة الفاسق علی نفسه وعلی غیره علی ما عرف من اصلنا وولایة
الکافر فی الجملة الا انه لم یتم النظر لتوقف ولایة العبد علی اجازة المولی وتمکنه بعدها او المعاداة
الدینیة الباعثة علی ترک النظر فی حق المسلم واتهام الفاسق بالجنایة فیخرجهم القاضی عن الوصیة
ویقیم غیرهم مقامهم اتماما للنظر وشرط فی الاصل ان یکون الفاسق مخوفا منه علی المال لانه
یعذر بذلک فی اخراجه وتبدیله بغیره بخلاف ما اذا اوصی الی مکاتبه او مکاتب غیره حیث یجوز
لان المکاتب فی منافعه کالحر وان عجز بعد ذلک الجواب فیه کالجواب فی القن (وان) اوصی
(الی عبده فان کان کل الورثة صغارا صح) الایصاء عند الامام لانه مخاطب مستبد بالتصرف
فیکون اهلا للوصایة ولیس لاحد علیه ولایة فان الصغار وان کانوا ملاکا لیس لهم ولایة النظر
فلا منافاة (خلافا لهما) وهو القیاس وقیل قول محمد مضطرب یروی مرة مع الامام ومرة مع

ابى يوسف ووجه القياس ان الولاية متقدمة لان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ووجه ماذكره الامام مر بيانه (وان كان فيهم) اى فى الورثة (كبير بطل) الايصاء الى عبد نفسه (اجماعا) لان للكبير ان يمنع العبد من التصرف او يبيع نصيبه فيمنعه المشترى عن التصرف فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية (ولو كان الوصى عاجزا عن القيام بالوصية) اى امورها (ضم) القاضى (اليه) اى الى العاجز (غيره) لان فى الضم رعاية الحقين حق الموصى وحق الورثة لان تكميل النظر يحصل به لان النظر يتم باعانة غيره ولو شكى الوصى الى القاضى ذلك فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكى قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه (وان كان) الوصى (قادرا) على القيام بامور الوصاية (امينا لايخرج) على صيغة المجهول وفاعله المنوب عنه هو القاضى (وان شكى) اليه (الورثة) كلهم (او بعضهم منه) اى من الوصى (مالم يظهر منه خيانة) قال الزيلعى لو كان قادرا على التصرف وهو امين فيه ليس للقاضى ان يخرجه لانه مختار الميت ولو اختار غيره كان دونه فكان ابقاؤه اولى الا يرى ان الوصى يقدم على اب الميت مع وفور شفقته فالاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكت الورثة او بعضهم اليه لاينبغى ان يعزله حتى تبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت منه الخيانة فاتت الامانة والميت انما اختاره لاجلها وليس من النظر ابقاؤه بعد فواتها وهو لو كان حيا لاخرجه منها فينوب القاضى منابه عند عجزه ويقيم غيره مقامه كأنه مات ولا وصى له ولم يذكر ماذا فعل القاضى ماليس له وعزل الوصى العدل المختار هل ينعزل ام لا وذكر ذلك قاضيخان فى فتاواه حيث قال وصى الميت اذا كان عدلا كافيا فلا ينبغى للقاضى ان يعزله واذا لم يكن عدلا يعزله وينصب وصيا آخر ولو كان عدلا غير كاف لا يعزله ولكن يضم اليه كافيا ولو عزله ينعزل وكذا لو عزل القاضى العدل الكافى ينعزل كما ذكره الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده وقال ابن الشحنة فى شرح الوهبانية قلت وفى وسيط المحيط ان القاضى يصير جائرا آثما قال وعند بعض المشايخ لاينعزل العدل الكافى بعزل القاضى لانه مختار الميت فيكون مقدما على القاضى وعزى فى القنية انعزال العدل الكافى لخواهرزاده وان ظهير الدين المرغينانى استبعده لانه مقدم على القاضى لانه مختار الميت وان استاذه البديع قال اذا كان هذا فى وصى الميت فكيف وصى القاضى ونحوه فى المبسوط والهداية انتهى وفى جامع الفصولين الوصى من الميت لو عدلا كافيا لاينبغى للقاضى ان يعزله فلو عزله قيل ينعزل اقول الصحيح عندى انه لاينعزل لانه كالموصى وهو اشفق بنفسه من القاضى فكيف يعزله وينبغى ان يفتى به لفساد قضاة الزمان كما فى المنح فلذا قال ترجيح عدم صحة العزل للوصى (وان اوصى الى اثنين لا يتفرد احدهما) بالتصرف فى مال الميت وان تصرف فيه فهو باطل وهذا عند الطرفين وقال ابو يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف ولو اوصى الى رجلين ثم ان احدهما تصرف فى المال غير الاشياء المعدودة ثم اجاز صاحبه فانه يجوز ولا يحتاج الى تجديد العقد كذا فى الجوهرة ثم ان ماذكره فى الجوهرة من الاشياء المعدودة التى يجوز لاحد الوصيين الانفراد بالتصرف

فيها ما استثناه بقوله (الا بشراء كفن وتجهيز) فانه لا يبتنى على الولاية وربما يكون احدهما غائبا ففي اشتراط اجتماعهما فساد الميت الا يرى انه لو فعله عند الضرورة جيرانه جاز (وخصومة) في حقوقه لانهما لا يجتمعان عليها عادة ولو اجتمعا لا يتكلم الا احدهما غالبا على انهما لو تكلما حال الخصومة معا ربما لم يفهم القاضي دعويهما لاختلاط كلام احدهما بالآخر ولهذا ينفرد بهما احد الوكيلين ايضا (وقضاء دين) كان على الميت (وطلبه) اى الدين الذى له على الغير (وشراء حاجة الطفل) لان في تأخيره خوف لحوق الضرر به كخوف الهلاك من الجوع والعرى (وقبول الهبة له) اى للطفل فانه ليس من باب الولاية ولهذا تملكه الام وكل من هو في يده (ورد وديعة معينة وتنفيذ وصية معينة واعتاق عبد معين) لعدم الاحتياج الى الرأى في ذلك كله بخلاف ما اذا لم يكن المذكورات معينة فربما احتيج فيها الى الرأى فلا ينفرد احدهما بذلك دون الآخر (ورد مغصوب) فيجوز لاحد الوصيين الانفراد برده دون الآخر ولم يقيدوا المغصوب بكونه معينا ولم يبينوا السر في اطلاقه عن التقييد ووجهه غير ظاهر فتأمل (او مشترى شراء فاسدا) فلكل واحد منهما ان ينفرد برده لما تقدم من عدم الاحتياج الى الرأى (وجمع اموال ضائعة وحفظ المال) لان في التأخير الى اجتماعهما خوف الفوات (وبيع ما يخاف تلفه) اذ يسرع اليه الفساد ففي التأخير الى الاجتماع ضرر بين هذا الطرفين (وعند ابى يوسف يجوز الانفراد) لكل واحد منهما (مطلقا) ولا يختص الانفراد بالاشياء المعدودة لان الايصاء من باب الولاية والولاية اذا ثبتت لاثنين شرعا تثبت لكل واحد كملا على الانفراد كالاخوين في ولاية الانكاح فكذا اذا ثبتت شرطا وهذا لان الولاية لا تحتمل التجزى لانها عبارة عن القدرة الشرعية والقدرة لا تتجزى* ولهما ان سبب هذه الولاية التفويض فلا بد من مراعاة صفة التفويض والموصى انما فوض الولاية اليهما معا وهذا الشرط مفيد فلم يثبت بدون ذلك الشرط فارضى الا برأى الاثنين ورأى الواحد لا يكون كرأيهما بخلاف الاخوين في النكاح لان السبب ثمة الاخوة وهى قائمة بكل واحد منهما على الكمال والسبب هنا الايصاء وهو اليهما الا الى كل واحد منهما ولان الانكاح حق مستحق لها على الولى حتى لو طالبته بانكاحها من كفؤ خاطب يجب عليه وهنا حق التصرف للوصى ولهذا بقى مخيرا في التصرف بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة ومواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع فلهذا قال بجواز الانفراد في الاشياء المعدودة دون غيرها ثم قيل الخلاف فيما اذا اوصى الى كل وحد منهما بعقد على حدة واما اذا اوصى اليهما بعقد واحد فلا ينفرد احدهما بالاجماع ذكره الحلوانى* قال ابو الليث وهو الاصح وبه نأخذ وقيل الخلاف في الفصلين جميعا ذكره الاسكاف وقال في المبسوط هو الاصح كما في التبيين (فان مات احد الوصيين اقام القاضى غيره مقامه ان لم يوص الى احد) اما عندهما فلان الباقى عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضى اليه وصيا آخر نظرا للميت والورثة وعند ابى يوسف الحى منهما وان كان يقدر على التصرف لكن الموصى قصد ان يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصى آخر مكان الوصى الميت (وان اوصى) الوصى الذى

مات (الى الحي جاز) الايصاء (ويتصرف) الحي (وحده) في ظاهر الرواية كما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي آخر لان رأى الميت يكون باقيا حكما برأى من يخلفه وروى الحسن عن الامام ان الحي لا ينفرد بالتصرف لان الموصي لم يرض بتصرفه وحده فلا يكون للوصي ان يرضى بما يعلم ان الموصي لم يرضه بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لان المتوفى رضي برأي الاثنين وقد وجد (ووصي الوصي وصي في التركتين) اي اذا مات الوصي فاوصى الى غيره فهو وصي في تركته وتركة الميت الاول وقال الشافعي لا يكون وصيا في تركة الميت الاول لان الميت فوض اليه التصرف ولم يفوض له الايصاء الى غيره فلا يملكه ولانه رضي برأيه ولم يرض برأي غيره ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا يرى ان الولاية التي كانت ثابتة للوصي تنتقل الى الوصي ولهذا يقدم على الجد ولو لم تنتقل اليه لما تقدم عليه فاذا انتقلت اليه الولاية ملك الايصاء (وكذا ان اوصى) الوصي الميت (اليه) اي الى آخر (في احدهما) اي في احدى التركتين يعني اذا اوصى الى آخر في تركته يكون وصيا فيهما عند الامام لان تركة موصيه تركته لان له ولاية التصرف فيهما (خلافا لهما) فانهما قالا لا تقتصر على تركته لانه نص عليها * ثم ان قول المصنف في احدهما يفيد عموم الوصية لتركته او تركة موصيه لكن المذكور في عامة الكتب انه اذا اوصى في تركته فقط يكون وصيا فيهما ولم يذكر واما اذا اوصى في تركة موصية لكن قال المولى المعروف باخي قول المصنف ومال موصيه يشعر بعدم كونه وصيا فيهما على تقدير ذكر مال الموصي وحده بدون ذكر ماله ولم نجد فيه رواية في المعتبرات بل الموجود فيها انه اذا جعله وصيا في مال نفسه فقط اومع مال موصيه او قال جعلته وصيا بغير قيد في جميع ذلك يصير وصيا في المالين وما يشعر في المتن ليس واحدا منها انتهى (وتصح قسمة الوصي) نيابة (عن الورثة مع الموصى له) سواء كان الورثة غيبا او صغارا اي يجوز للوصي ان يقسم التركة بين الورثة الغيب او الصغار وبين الموصى له بان يأخذ حق الورثة ويسلم الباقي الى الموصى له (فلا يرجعون) اي الورثة (على الموصى له او هلك حظهم في يد الوصي) لان الهلاك بعد تمام القسمة يكون على من وقع الهلاك في نصيبه (لا) تصح (مقسمته) اي الوصي (معهم) اي الورثة نيابة (عن الموصى له) والفرق ان الوصي خليفة الميت والوارث خليفة عن الميت ايضا حتى يرد بالعيب ويرد عليه به فصلح الوصي خصما عن الوارث نيابة عنه لان من كان خليفة لاحد كان خليفة لمن قام مقامه فصار تصرفه كتصرفه اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لان للموصى له ملكا جديدا ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه فلم يصح الوصي خصما عنه عند غيبته فلم يكن تصرفه كتصرفه اذا كان غائبا فلم تصح القسمة عليه (فيرجع) الموصى له (عليهم) اي على الورثة (بثلث ما بقي لو هلك حظه في يد الوصي) لان القسمة حيث لم تصح لم تنفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة (وصحت) القسمة (للقاضي او قاسمهم) نيابة (عنه) اي الموصى له (واخذ قسطه)

اى نصيب الموصى له الغائب لان للقاضى ولاية على الغائب فكانت قسمته كقسمة الغائب بنفسه
واذا صحت القسمة من القاضى كان له ان يفرز نصيبه و يقبضه فان فعل ذلك وهلك المقبوض فى يده
عن الغائب لم يكن للموصى له على الورثة سبيل ولا على القاضى (وفى الوصية بحج لو قاسم
الوصى الورثة فضاع عنده) اى الوصى (يؤخذ للحج ثلث مابقى) فى يد الوصى يعنى اذا
اوصى الميت بحج فقاسم له الوصى مع الورثة واخذ المال الوصى به فضاع فى يده احج عن الميت
بثلث مابقى من التركة (وكذا او دفعه) اى دفع الوصى المال الموصى به (لمن يحج فضاع فى يده)
اى المدفوع اليه و اللام فى لمن بمعنى الى يؤخذ للحج ثلث مابقى من التركة لان القسمة لا تراد لذاتها
بل لمقصودها وهو تأدية الحج فصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث مابقى وهذا عند الامام
(وعند ابى يوسف ان بقى من الثلث شئ اخذ والافلا) لان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها
مابقى محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها (وعند محمد لا يؤخذ شئ) لان القسمة حق الوصى
الا يرى انه لو افرز الموصى نفسه مالا ليحج عنه به فهلك المال بطلت الوصية فكذا اذا افرزه
الوصى الذى قام مقامه (ولو باع الوصى من التركة عبدا مع غيبة الغرماء جاز) لان الوصى قائم
مقام الموصى ولو تولاه الموصى بنفسه حال حياته جاز بيعه وان كان مريضا مرض الموت بغير
محضر من الغرماء فكذا الوصى لانه قائم مقامه وذلك لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة
والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المأذون له فى التجارة حيث لا يجوز
للمولى بيعه لان للغرماء حق الاستسعاء بخلاف مانحن فيه (وان اوصى ببيع شئ من تركته
والتصدق به) على المساكين (فباعه وصيه وقبض ثمنه فضاع فى يده واستحق المبيع ضمنه)
اى ضمن الوصى الثمن للمشترى لانه عاقد التزم العهدة بالعقد على نفسه وهذه عهدة لان المشترى
منه لم يرض بدفع الثمن ان يسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصى مال الغير بغير رضاه فيجب عليه
رده (ورجع) الوصى (به) اى بما ضمن (فى التركة) اى تركة الميت لانه عامل للميت
فى تنفيذ وصيته فيرجع عليه كالوكيل وكان الامام يقول لا يرجع لانه ضمن بفعله وهو القبض فلا
يرجع على غيره ثم رجع الى ماذكرنا ويرجع فى جميع التركة وعن محمد انه يرجع فى الثلث لان
الرجوع بحكم الوصية لا لتنفيذها فاخذ حكم الوصية ومحلها الثلث وجه الظاهر انه انما يرجع
عليه لانه صار مغرورا من جهة الميت فكان الضمان دينا على الميت ومحل قضاء الدين كل التركة
بخلاف القاضى او امينه اذا تولى البيع لانه لا عهدة وفى التزام العهدة على القاضى تعطيل القضاء
لنفار الناس عن تقلد القضاء خوفا من لزوم الضمان وفى تعطيله تعطيل مصالح الناس وامين
القاضى سفير عنه كالرسول ولا كذلك الموصى لانه كالوكيل فان كانت التركة قد هلكت اولم
يكن بها وفاء لم يرجع بشئ لان البيع وقع للميت لا للورثة وصار كسائر الديون التى تكون على
الاموات افاليس (ولو قسم الوصى التركة فاصاب) الوارث (الصغير شئ فقبضه) الوصى
(وباعه وقبض ثمنه فضاع واستحق ذلك الشئ) الذى باعه الوصى (رجع) الوصى (فى مال
الصغير) لانه عامل له (و) رجع (الصغير على بقية الورثة بحصته) لبطلان القسمة باستحقاق

ما اصابه (ولا يصح بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن) على صيغة المجهول (فيه) نائب الفاعل ليتغابن ولا يصح بما لا يتغابن في مثله لان تصرفه مقيد بالنظر في حق الصغير قال الله تعالى * ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن * ولان النظر في الغبن الفاحش بخلاف الغبن اليسير لان في اعتباره تعطيل مصالحه لعدم امكان التحرز عنه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يصح بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند الامام لان تصرفهم بحكم المالكية اذ الاذن فك الحجر اما الوصي فتصرفه بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يجوز بالغبن الفاحش لان العقد الذي فيه غبن فاحش بمنزلة الهبة من وجه فلا يملكه من لا يملك الهبة (ويصحان) اي بيع الوصي وشراؤه (من نفسه ان كان فيه نفع) للصغير كما اذا باع الوصي متاعاً له يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير او اشترى من متاع ما يساوي عشرة بخمسة عشر لنفسه صح (خلافا لهما) قياسا على الوكيل وللامام ما تلونا من قوله تعالى * ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن * والتصرف المذكور داخل تحت الاستثناء قال الزيلعي اما اذا لم يكن فيه منفعة ظاهرة لليتيم فلا يجوز على قول محمد وظاهر الروايات عن ابي يوسف انه لا يجوز على كل حال هذا في وصي الاب واما وصي القاضي فلا يجوز بيعه من نفسه بكل حال لانه وكيله وللاب ان يشتري شيأ من مال الصغير لنفسه اذا لم يكن فيه ضرر على الصغير بان كان بمثل القيمة او بغبن يسير وقال المتأخرون من اصحابنا لا يجوز للوصي بيع عقار الصغير الا ان يكون على الميت دين او يرغب المشتري بضعف قيمته او يكون للصغير حاجة الى الثمن قال الصدر الشهيد وبه يفتى وزاد في الفوائد الزينية على ما نقل عن الزيلعي ثلاث مسائل نقلا عن الظهيرية احديها اذا كان في التركة وصية مرسلة لا يمكن تنفيذها الا منه وفيما اذا كانت غلاته لا تزيد على مؤنته وفيما اذا كان حانوتا او دارا يخشى عليه النقصان اه * وزاد في الخانية اخرى وهي اذا كان العقار في يد متغلب وخاف الوصي عليه فله بيعه اه (وله) اي للوصي (دفع المال) اي مال الصغير (مضاربة وشركة وبضاعة) لانه قائم مقام الاب وللاب هذه التصرفات فكذا الوصي (و) له (قبول الحوالة على الاملاء) من الملاءة وهي القدرة على الاداء والمفضل عليه المحيل المديون (لا على الاعسر) من المحيل المديون لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه وهو ان يحكم بسقوطه حاكم يرى سقوط الدين اذا مات الثاني مفلسا ولا يرى الرجوع على الاول بخلاف ما اذا كان المحتال عليه املاء واقدر على اداء الدين من المديون الاول فانه يجوز لكونه خيرا لليتيم وان لم يكن خير اليتيم بان كان الثاني افلس من الاول لا يجوز * بقي انه اذا كان الثاني مثل الاول يسارا واعسارا هل يجوز ام لا اختلف فيه المشايخ قال بعضهم يجوز وقال بعضهم لا يجوز (ولا يجوز له) اي للوصي (ولا للاب الاقراض) لانه ليس فيه منفعة دنيوية لليتيم ويحتمل التوى فكان الاحتياط في عدم الجواز (ويجوز للاب الاقتراض) اي اخذ القرض من مال الصغير (لا للوصي) والفارق بينهما ان للاب ان يأخذ من مال الصبي بقدر حاجته ولا كذلك للوصي (ولا يتجر) الوصي (في مال الصغير) لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة (ويجوز

بيعه) اى بيع الوصى (على الكبير الغائب) اذا كان المبيع (غير العقار) لان الاب يلى بيع ماسوى العقار ولا يليه فكذا وصيه لانه يقوم مقامه وكان القياس ان لا يملك الوصى غير العقار ايضا ولا الاب كما لا يملكه على الكبير الحاضر الا انه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا فيما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه ايسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه * واما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع ولو كان عليه دين باع العقار ثم ان كان الدين مستغرقا باع كله بالاجماع وان لم يكن مستغرقا باع بقدر الدين عندهما لعدم الحاجة الى اكثر من ذلك وعند الامام جاز له بيعه كله لانه تعين حفظا كالمنقول والاصح انه لا يملك لانه نادر كما فى التبيين (ووصى الاب احق بمال الصغير من جده) لان بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولاية الاب قائمة معنى فيقدم على الجد كالاب نفسه وعند الشافعى الجد احق به حيث اقامه الشرع مقام الاب عند عدمه (فان لم يوص الاب فالجد كالاب) اى ان لم يوص الاب الى احد فالجد احق لانه اشفق من الغير لقيامه مقام الاب فى الارث حتى يملك الانكاح دون الوصى اما وصى الاب فانه مقدم عليه كما سبق بيانه

﴿ فصل ﴾

وفى النهاية لما لم تكن الشهادة فى الوصية امرا مختصا بالوصية اخر ذكرها لعدم عراقتها فيه (شهد الوصيان ان الميت اوصى الى زيد معهما لا تقبل) شهادتهما لانهما يجران نفعا لانفسهما باثبات المعين لهما فبطلت للتهمة فاذا بطلت ضم القاضى اليهما ثالثا الا ان فى ضمن شهادتهما اقرارا منهما بان الوصى ضم اليهما ثالثا واقرارهما حجة عليهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار فى حقهما بمنزلة ما لو مات احد الاوصياء الثلاث فللقاضى ان يضم ثالثا فكذا هنا (الا ان يدعيه زيد) اى يدعى زيد انه وصى معهما فحينئذ تقبل شهادتهما وهذا استحسان والقياس ان لا تقبل كالاول * وجه الاستحسان ان للقاضى ولاية نصب الوصى ابتداء فيما اذا مات ولم يترك وصيا وله ولاية ضم آخر اليهما فكان هذا مثله فى ضم مدعى الوصاية (وكذا) لا تقبل (لو شهد ابنا الميت) ان اباهما اوصى الى زيد وهو ينكر ذلك لجرهما بشهادتهما نفعا وهو ان يكون معينا لهما حافظا للتركة فكانا متهمين وشهادة المتهم غير مقبولة ولو ادعى المشهود له الوصاية تقبل استحسانا ووجهه ما ذكر فى المسئلة الاولى (ولغت) اى بطلت (شهادة الوصيين بمال للصغير) يعنى لو شهد الوصيان لوارث صغير بمال له على آخر فلا تقبل شهادتهما سواء كان ذلك المال منتقلا اليه من الميت او من غيره للتهمة فى شهادتهما (وكذا) تلغو شهادتهما (للكبير فى مال) انتقل اليه من (الميت) للتهمة فى شهادتهما لانهما يثبتان لانفسهما ولاية الحفظ عند غيبة الكبير وبيع العقار فتبطل شهادتهما (وصحت) شهادتهما (له) اى للكبير وحده (فى غيره) اى فى غير مال انتقل اليه من الميت لانه لا ولاية لهما حينئذ فى ذلك المال لان الميت انما اقامهما مقامه فى تركته لا فى غيرها هذا عند الامام (وعندهما تصح) شهادتهما (للكبير فى الوجهين) اى فى مال انتقل اليه سواء كان من الميت او غيره لانه لا تصرف لهما فى حضرة الكبير فعريت شهادتهما عن التهمة * وللامام ما بيناه آنفا من التهمة عند غيبة الكبير فكفت هذه التهمة لرد شهادتهما (وشهادة الوصى على الميت جائزة) لانتفاء التهمة فى هذه الشهادة فتجوز

عليه (لاله) اى للميت لما بينا من تحقق التهمة باثباته لنفسه التصرف (ولو) كانت تلك الشهادة (بعد العزل) من الوصاية (وان لم يخاصم) اى وان لم يكن الوصى خصما فى هذه الصورة بان عزله القاضى ونصب غيره خصما فى هذه الدعوى لاحتمال التهمة بان يكون جر لنفسه مغنما زمان وصايته فيشهد خوفا من زواله (ولو شهد رجلان لآخرين بدين الف) بجوز ان يكون الف مضافا اليه وان يكون بدلا من دين اذا قرئ منكرا او على وجه الاضافة فهى بيانية (على ميت و) شهد (الآخر ان لهما) اى للشاهدين الاولين (بمثله) اى بمثل ذلك الدين وهو الف (صحتا) اى الشهادتان من الطرفين عندهما (خلافا لابى يوسف) فانها لا تصح شهادة واحد منهما عنده للتهمة لكون الشهادة من كل منهما مثبتة حق الشركة فى ذلك المال الذى اثبتاه على الميت * ولهما ان الدين يجب فى الذمة وهى قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبى بقضاء دين احدهما لا يشاركه الآخر * وروى الحسن عن الامام انهم اذا جاؤا معا وشهدوا فالشهادة باطلة واما اذا شهد اثنان لاثنين فقبلت شهادتهما ثم بعد ذلك ادعى ذلك الشاهدان دينا آخر على الميت فشهد لهما الغريمان الاولان تقبل * ووجه هذه الرواية انهما اذا جاؤا معا كان شهادة كل فريق معاوضة للفريق الآخر فتحققت التهمة بخلاف ما اذا كانت دعوى الفريق الآخر فى وقت آخر فانه حيث ثبت الحق للفريق الاول بلا تهمة والثانى لا يزاحمه فصار كالاول فى انتفاء التهمة (ولو شهد كل فريق للآخر بوصية الف لا تصح) الشهادة من كل منهما لما بينا من التهمة فى شهادة الالف الدين (ولو شهد احد الفريقين للآخر بوصية جارية والآخر له) اى لذلك الفريق (بوصية عبد صحت) شهادة كل من الفريقين بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة كذا قالوا لكن احتمال المعاوضة فى الشهادة باق كما فى صورة الشهادة بالدين او الوصية بالالف تأمل (وان شهد) الفريق (الآخر له) اى للفريق الاول (بوصية ثلث لا تصح) يعنى اذا شهد الفريق الاول بوصية عبد للفريق الآخر وشهد الفريق الآخر بوصية ثلث لا تصح شهادة كل واحد من الفريقين لما ان الشهادة فى الصورة الاخرى ايضا تثبت المشاركة بين الفريقين بخلاف وصية العبد والجارية والله اعلم

كتاب الخنثى

وهو على وزن فعلى بالضم اورده عقيب الوصايا لان المسائل المتعلقة بالوصية من احوال من هو ناقص القوة لاشرافه على الموت وهذه المسائل من احوال من هو ناقص الخلقة (هو) اى الخنثى من الخنث بالفتح والسكون وهو اللين والتكسر والفها للتأنيث ولذا لا يلحقها الف ولا نون وكان القياس ان يوصف بالمؤنث الضمير الراجع كما هو المذكور فى كلام الفصحاء الا ان الفقهاء نظروا الى عدم تحقق التأنيث فى ذاته فلم يلحقوا علامة التأنيث فى وصفه وتذكيره تغليبا للذكورة وفى القهستانى وانما لم يؤنث لانه غير معلوم عند نا فذكر نظرا الى الاصل كالجزء والشكل (من له ذكر وفرج) اى ماله آلة الرجال وآلة النساء ويلحق به من عرى عن الآلتين جميعا وفى القهستانى خلافه لانه قال وفيما ذكره اشعار بان من لم يكن له شئ منهما وخرج بوله من سرته ليس بخنثى ولذا قال الامام وابو يوسف انا لا ندرى اسمه وقال محمد انه فى حكم الانثى (فان بال من احدهما اعتبر به) اى ان بال من

ذكره فذكر وان بال من فرجه فانثى لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال* من حيث يبول* ولان التبول من اى عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلى الصحيح والآخر بمنزلة العيب (وان بال منهما) اى من الذكر والفرج (اعتبر الاسبق) لانه يدل سبق خروجه على انه المقصود الاصلى (وان استويا) فى الخروج (فهو مشكل) اى غير محكوم عليه بكونه ذكرا او انثى عند الامام وقال لا علم لى به وهذا من جملة ما توقف فيه من كمال ورعه (والاعتبار بالكثرة) اى كثرة البول فى كونه ذكرا او انثى عنده (خلافا لهما) فانهما قالا ينسب الى اكثرهما لانه علامة قوة ذلك العضو ولكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل فى اصول الشرع فيترجح بالكثرة وبه قالت الائمة الثلاثة* وله ان كثرة الخروج لا تدل على القوة لانه قد تكون لاتساع فى احدهما وضيق فى الآخر (فاذا بلغ) الخنثى بالسن (فان ظهر بعض علامات الرجال من نبات لحية او قدرة على الجماع او احتلام كالرجل) او كان له ثدى مستو (فرجل) اى فحكمه حكم الرجال (وان ظهر بعض علامات النساء من حيض وحبل وانكسار ثدى ونزول لبن فيه وتمكين من الوطئ فامرأة) اى فحكمه حكم النساء (وان لم يظهر شئ) من علامات الذكورة ولا من علامات الانوثة (او تعارضت) هذه العلامات مثل ما اذا حاض وخرجت له لحية او يأتى ويؤتى (فمشكل) اى فهو خنثى مشكل لعدم المرجح وعن الحسن يعد اضلاعه فان ضلع الرجل يزيد على ضلع المرأة بواحد (قال محمد الاشكال قبل البلوغ فاذا بلغ فلا اشكال) وفى المبسوط اذا بلغ صاحب الآلتين لابد ان يزول الاشكال لانه اذا جامع بذكره او نبت له لحية او احتلم كاحتلام الرجال فهو رجل وان نبت له ثدى كثدى المرأة او رأى حيضا او جومع كما يجامع او ظهر به حبل او نزل فى ثديه لبن فهى امرأة كما فى المتن (واذا ثبت الاشكال اخذ فيه) اى فى الخنثى المشكل (بالاحوط فيصلى بقناع) لاحتمال كونه امرأة حتى لو صلى بغير قناع يستحب ان يعيدها اذا كان حرا وكذلك يستحب ان يجلس فى صلاته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز فى الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن (ويقف بين صفى الرجال والنساء) فيقدم على النساء لاحتمال كونه رجلا (فلو وقف فى صفهم) اى فى صف الرجال فصلاته تامة لكن (يعيد) صلاته (من لاصقه من جانبيه ومن بحذائه من خلفه) لاحتمال انه امرأة فتفسد صلاتهم وهذا اذا نوى الامام امامة النساء فان لم ينو الامام الامامة فلا حاجة الى ان يعيد هؤلاء صلاتهم بل يعيد هو احتياطا (وان) وقف (فى صفهن) اى صف النساء (اعاد) صلاته (هو) اى الخنثى فقط لاحتمال انه رجل فيجب الاعادة احتياطا (ولا يلبس) الخنثى (حريرا ولا حليا) لاحتمال كونه ذكرا والترجيح للحظر فيما يتردد بينه وبين الاباحة (ويلبس المخيط فى احرامه ولا يكشف) نفسه (عند رجل) لانه لو كان مراهقة لم ينظر الى ما سوى الوجه والكف منه ولو كان مراهقا لم ينظر الى ما تحت سرته الى ركبتيه (ولا) عند (امرأة) لانها لا تنظر الى ما تحت السرة الى الركبة مراهقا كان او مراهقة كما فى القهستانى (ولا يخلو به) اى بالبالغ وما فى حكمه (غير محرم

من رجل اوامرأة) تحرزا عن احتمال الحرام (ولا يسافر بلا محرم) من الرجال ولا مع امرأة من محارمه لاحتمال انه امرأة فيكون سفر امرأتين بلا محرم وهو غير جائز (ولا يختنه رجل ولا امرأة) تحرزا عن النظر الى الفرج لاحتمال انه رجل وامرأة ولكن قد تقدم انه يجوز للطبيب والجراح النظر الى موضع النظر للضرورة والظاهر ان النظر الى موضع الختان من هذا القبيل كما في البرجندي لكن النظر ليس بمحله لان الختان عند ناسنة تدرو هذا اذا كان مراهقا والا فللرجل ان يختن (بل تبتاع له امة) عالمة بالختن (تختنه من ماله ان كان له) اى للخنثى مال لانه يجوز لمملوكته النظر اليه رجلا او امرأة في حال العذر (والا) اى وان لم يكن له مال (فمن بيت المال) يقترض ثمنها ويشتريها لانه اعد لنوائب المسلمين وهذا اذا كان ابوه معسرا والا فمن مال ابيه (ثم) اى بعد الختن (تباع) الامة وجوبا ويرد ثمنها الى بيت المال لوقوع الاستغناء عنها * وفيه اشعار بانه لا يزوج عالمة تختنه على ما قال شيخ الاسلام وذهب الحلوانى الى انه يزوجها لانه ان كان امرأة ينظر الجنس الجنس والنكاح لغو والا فكنظر المنكوحة الى الناكح (فان مات قبل ظهور حاله) من الذكورة والانوثة (لا يغسل) لاحتمالين (بل يتيمم) لانه لا يمس شئ فيه الا الوجه واليد بخلاف الغسل وفيه اشعار بان لا تشترى لاجل الغسل امة لانها اجنبية بعد الموت ولا حاجة الى خرقة على اليد عند التيمم لكن في القهستانى هذا اذا كان المتيمم محرما فقد يتيمم بالخرقة (ويكفن في خمسة اثواب) كما تكفن المرأة فهو واجب لاحتمال انه انثى (ولا يحضر بعد ما راهق غسل رجل ولا امرأة) لاحتمال الحالين (وندب تسجية قبره) اى ستره بثوب عند الدفن لاحتمال انه انثى وستر قبرها واجب (ويوضع الرجل) اى جنازته لانه ذكر بيقين (مما يلى الامام ثم هو) اى الخنثى بقرب الرجل مما يلى القبلة (ثم) توضع (المرأة) بقرب الخنثى ليبعد عن النظر (ان صلى عليهم جملة) رعاية لحق الترتيب وفيه اشعار بان الافضل عند اجتماع الجنائز ان يصلى على كل منفردا لانه ابعد عن الخلاف (وله) اى للخنثى المشكل (اخس النصيبين من الميراث عند الامام) واصحابه وعليه الفتوى كما في السراجية وفي الكفاية ان محمدا مع الامام وفي النظم ان ابا يوسف معهما في ظاهر الاصول اى الاقل من نصيب الذكر ومن نصيب الانثى فانه ينظر نصيبه على انه ذكر وعلى انه انثى فيعطى الاقل منهما وان كان محروما على احد التقديرين فلا شئ له *ثم فرعه وقال (فلو مات ابوه عنه) اى الخنثى (وعن ابن فللابن سهمان وله سهم) عنده لان الاقل متيقن وفيما زاد عليه شك والمال لا يجب بالشك ولو تركه وبنتا فالمال بينهما نصفان فرضا وردا وفي القهستانى وذا في صورتين الاولى ما يفرض فيه الخنثى انثى كما ذكره المصنف والثانية ما يفرض فيه ذكرا وهذا مشتمل على صورتين احدهما ما يكون فيه الخنثى محروما كما اذا تركت زوجا واختا لاب وام وخنثى لاب فانه ان كان اختا فله سهم هو السدس تكملة للثلثين ولكل من الزوج والاخت نصف فتعول المسئلة من ستة الى سبعة وان كان اخا فمحروم لانه عصبة لم يبق له شئ بعد فرضهما وهو النصفان ولا ريب انه اخس الحالين فيفرض كونه ذكرا والثانية ما يكون غير محروم كما اذا تركت زوجا وأما

وخنثى لاب وام فانه ان كان الخنثى اختا لاب وام فله نصف كالزوج وللام ثلث فتعول المسئلة من ستة الى ثمانية وان كان اخا فله سهم وللزوج نصف وللام ثلث ولا يخفى انه اخس الحالين لان السهم الواحد من ستة اقل من ثلاثة اسهم من ثمانية فيفرض كونه ذكرا ايضا (و) فيما اذا ترك الخنثى اباه وابنا (عند الشعبي له نصف النصفين وهو ثلاثة من سبعة عند ابي يوسف) تخريجا اومذهبا وذلك ان للابن عند الانفراد كل الميراث وللبنت نصفه فكان نصف الكل اثنين ونصف النصف واحدا والمجموع ثلثة ارباع فان المخرج اربعة تعول الى سبعة فيجعل للخنثى ثلاثة وللابن اربعة والمجموع يكون سبعة (وخمسة من اثنى عشر عند محمد) تخريجا وذلك ان كان ذكرا كان المال بينهما نصفين وان كان انثى كان المال بينهما اثلاثا فيكون له نصف النصف اى الربع ونصف الثلث اى السدس والباقي للابن فيحتاج الى عدد له ربع وسدس واقل ذلك اثنى عشر وربعه ثلاثة وسدسه اثنان والمجموع خمسة فهى للخنثى والباقي اى سبعة للابن والتفاضل بين التفسيرين في هذه الصورة انما هو ثلث ربع السبع كما لا يخفى على المحاسب (ولو قال سيده كل عبد لى حر اوكل امة لى حرة لا يعتق مالم يستبين) لان الحنث لا يثبت بالشك ومن حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين امر الخنثى (ولو قال بعد تقرر اشكاله انا ذكر او انثى لا يقبل) قوله على الصحيح لانه دعوى يخالف قضية الدليل (وقبله) اى قبل اشكاله (يقبل) لان الانسان امين فى حق نفسه والقول قول الامين مالم يعرف خلاف ماقال

﴿ مسائل شتى ﴾

قد ذكرنا قبل هذا ذكر مسائل شتى او مسائل منثورة او مسائل متفرقة من دأب المصنفين لتدارك مالم يذكر واما يحق ذكره فيه خصوصا اذا انتهى الكتاب (كتابة الاخرس) مبتدأ خبره الآتى كالبيان (وايماؤه بما يعرف) متعلق بقوله وايماؤه (به اقراره بنحو تزوج) متعلق بالكتابة والايماء على طريقة التنازع وكذا ما عطف عليه بقوله (وطلاق وبيع وشراء ووصية وقود) وجب (عليه او له كالبيان) اذا كان ايماء الاخرس وكتابته كالبيان وهو النطق باللسان يلزمه الاحكام المذكورة بالاشارة لان الاشارة تكون بيانا من القادر فكذلك من العاجز وفى الهداية واذا قرئ على الاخرس كتاب وصية فقيل له نشهد عليك بما فى هذا الكتاب فاومى برأسه اى نعم او كتب فاذا جاء من ذلك مايعرف انه اقرار فهو جائز قال الشراح وانما قيد بقوله فاذا جاء من ذلك مايعرف انه اقرار لان مايجئ من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين احدهما مايكون ذلك منه دلالة الانكار مثل ان يحرك رأسه عرضا والثانى مايكون ذلك منه دلالة الاقرار بان يحرك رأسه طولا اذا كان معهودا منه فى نعم اهـ وفيه كلام لانه لما فسر الايماء برأسه فى تقرير المسئلة بقوله نعم تعين ان وضعها فيما جاء منه دلالة الاقرار فلم تبق حاجة فى تقرير جوابها الى قوله فاذا جاء من ذلك مايعرف انه اقرار بل كان يكفى قوله فهو جائز كما قال بعض الفضلاء لكن لا يخفى ان هذا الكلام لاورود له لان شان الشارحين ان يطابقوا بكلامهم كلام المصنفين على وجه الايضاح فان من لم يتفطن لكلامهم قال ماقال (ولا يحد) الاخرس (لقذف ولا لغيره) كالزنى وشرب

الخمر اى لايكون كتابة الاخرس وايماؤه بالقذف ولا كتابته وايماؤه بالاقرار بالزنى اوشرب الخمر كالبيان حتى يحد لان الحدود تندرئ بالشبهات وفى كتابته وايمائه شبهة وكذا لا يحد له اذا كان مقذوفا لبقاء احتمال كونه مصدقا للقاذف كما مر فى الحدود (ومعتقل اللسان) اى الذى احتبس لسانه بحيث لايقدر على النطق (ان امتد به ذلك) الاعتقال الى سنة فى رواية وقيل قدر الامتداد الى اوان الموت اذروى عن الامام انه اذا دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة والاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله قالوا وعليه الفتوى ذكره الامام المحبوبى (وعلمت اشاراته) اى المعتقل (فهو كالاخرس والا) اى وان لم يمتد اولم تعلم اشارته (فلا) يكون كالاخرس حكما هذا عندنا لان الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة وذلك فى الاخرس دون المعتقل ولان الضرورة فى الاصلى لازمة وفى العارضى على شرف الزوال الا اذا عهدت الاشارة بالامتداد فحينئذ يكون بمنزلة الاخرس وعند الشافعى حكم المعتقل كحكم الاخرس فى الامتداد وعدمه لان المجوز هو العجز ولا فرق بين الاصلى والعارضى ولا بين القديم والحادث (والكتابة من الغائب ليست بحجة) لانه قادر على الحضور فلا يكون فى كونها حجة ضرورة بخلاف الاخرس* لكن (قالوا الكتابة) على ثلاثة اوجه (اما مستبين مرسوم) اى معنون مصدر مثل ان يكتب فى اوله *من فلان الى فلان اويكتب الى فلان وفى آخره من فلان على ماجرت به العادة (وهو) اى هذا المذكور من الكتابة (كالنطق فى الغائب والحاضر) على ماقالوا فيلزم حجة وفى زماننا الختم شرط لكونه معتدا وكذا الكتب على كاغد حيث يشترط بناء على العرف المعروف حتى لو كتب على الغير يكون غير مرسوم فلهذا قال (واما مستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدر واوراق الشجر وينوى فيه) فليس بحجة الا بالنية والبيان لانه بمنزلة الكتابة من الصريح فلا يصلح حجة (واما غير مستبين كالكتابة على الهواء والماء) وهو بمنزلة كلام غير مسموع (ولا عبرة به) فلا يثبت به الحكم وان نوى واما الاشارة فهو حجة من الاخرس فى حق هذه الاحكام للضرورة لانها من حقوق العباد ولا تختص هذه التصرفات بلفظ خاص بل تثبت بالفاظ كثيرة وتثبت بفعل يدل على القول فكذا يجب ان تثبت باشارته لحاجته الى ذلك والغالب فى القصاص حق العبد والحدود حق الله وهى تسقط بالشبهات (واذا اختلطت الذكية بميتة اقل منها) اى من الذكية (تحرى واكل) فى حالة الاختيار (والا) اى وان لم تكن الميتة اقل منها بل مساوية او اكثر (فلا تؤكل حالة الاختيار و) لكن (يتحرى) فى اكلها (عند الاضطرار) وفى الهداية * واذا كان الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانتا نصفين لم يؤكل * وهذا اذا كانت الحال حالة الاختيار * اما فى حالة الضرورة يحل له التناول فى جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل له فى حالة الضرورة فالتى تحتمل ان تكون ذكية اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية فى الجملة فلا يتركه من غير ضرورة * وقال الشافعى لايجوز الاكل فى حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحرى دليل ضرورى فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحالة حالة الاختيار * ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة فى افادة الاباحة الا ترى ان اسواق المسلمين

لاتخلو من المحرم و المسروق و المغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب * وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانتا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة فيه * (واذا احرق رأس الشاة المتلطخ بدم وزال دمه فاتخذ منه مرقة جاز استعمالها (والحرق كالغسل) لان النار تأكل ما فيه من النجاسة حتى لا يبقى فيه شئ او يحيله فيصير الدم رمادا فيطهر بالاستحالة * قالوا اذا تنجس التنور يطهر بالنار حتى لا يتنجس الخبز (ولو جعل السلطان الخراج لرب الارض جاز بخلاف العشر) هذا عند ابي يوسف وعند الطرفين لا يجوز فيهما الا انهما في الجماعة المسلمين وله ان صاحب الخراج له حق في الخراج يصح تركه عليه وهو صلة من الامام والعشر حق الفقراء على الخلوص كالزكاة ولا يجوز تركه عليه وعلى قول ابي يوسف الفتوى كما في التبيين وغيره * واذا ترك الامام خراج ارض رجل او كرمه او بستانه ولم يكن اهلا لصرف الخراج اليه عند ابي يوسف يحل له وهو الفتوى * وعند محمد لا يحل له وعليه ان يرده الى بيت المال او الى من هو اهل لذلك وان لم يفعل اثم ولو ترك العشر لا يجوز بالاجماع (ولو دفع) الامام (الاراضي المملوكة الى قوم) اي ان عجز اصحاب الخراج من زراعة الارض واداء الخراج ودفع الامام الاراضي الى غير اصحابها بالاجرة اي يؤاجرها من القادرين على الزراعة ويأخذ الخراج من اجرتها (ليعطوا الخراج) لمستحقه (جاز) ذلك من الامام لما فيه من المصلحة فان فضل شئ من اجرتها يدفعه الى اصحابها وهم الملاك لانه لا وجه الى ازالة ملكهم بغير رضاهم من غير ضرورة ولا وجه الى تعطيل حق المقاتلة فتعين ما ذكرنا فان لم يجد الامام من يستأجرها باعها الامام لمن يقدر على الزراعة ولو لم يبعها يفوت حق المقاتلة في الخراج اصلا ولو باع يفوت حق المالك في العين والفوات الى خلف كلا فوات فيبيع تحقيقا للنظر من الجانبين وليس له ان يملكها غيرهم بغير عوض ثم اذا باعها يأخذ الخراج الماضي من الثمن ان كان عليهم خراج ورد الفضل الى اصحابها * قيل هذا قولهما لان عندهما القاضي يملك بيع مال المديون بالدين والنفقة واما عند الامام فلا يملك ذلك فلا يبيعها لكن يأمر ملاكها ببيعها وقيل هذا قول الكل والفرق للامام بين هذا وبين غيره من الديون ان في هذا الزام ضرر خاص لدفع عام ولازالة الضرر عن العام وذلك جائز عنده ولان الخراج حق متعلق برقبة الارض فصار كدين العبد المأذون له ودين الميت في التركة فان القاضي يملك البيع فيهما لتعلق الحق بالرقبة كما في التبيين (ولو نوى قضاء رمضان ولم يعين عن اي يوم صح) اي لو كان عليه قضاء صوم يوم او اكثر من رمضان واحد فقضاه ناويا عن قضاء رمضان ولم يعين انه من يوم كذا جاز وكذا لو صام ونوى عن يومين جاز عن يوم واحد (ولو عن رمضانين فلا) يصح (في الاصح) ما لم يعين انه صائم عن رمضان سنة كذا كما في التبيين (وكذا) لا يصح (في قضاء الصلاة لو نوى ظهرا عليه مثلا ولم ينو اول ظهر او آخر ظهر او ظهر يوم كذا) ولو نوى اول ظهر عليه او آخر ظهر عليه جاز لان الصلاة تعينت بتعيينه وكذا الوقت معين بكونه اولا او آخرا فاذا نوى اول صلاة عليه وصلى مما يليه يصير اولا ايضا فيدخل في نية اول ظهر عليه ثانيا وكذا ثالثا الى ما لا يتناهى وكذا الآخر وهذا

(مخلص)

مخلص من لم يعرف الاوقات التى فاتته او اشتبهت عليه او اراد التسهيل على نفسه (وقيل يصح) نيته عن رمضانين ونيته ظهرا عليه مثلا (فيهما) اى فى قضاء الصوم وقضاء الصلاة (ايضا) اى لو نوى قضاء رمضان ولم يعين اى يوم وهذا قول بعض المشايخ لكن الاول اصح (ولو ابتلع الصائم بزاق غيره فان كان حبيبه لزمه الكفارة والا) اى وان لم يكن حبيبه (فلا) يلزمه الكفارة ويجب القضاء كما بيناه فى موضعه (وقتل بعض الحاج عذر ترك الحج) لان امن الطريق شرط الوجوب او شرط الاداء على ما بين فى موضعه ولا يحصل ذلك مع قتل البعض فى طريق الحج فكان معذورا فى ترك الحج فلا يأثم بتركه (ومن قال لامرأة عند شاهدين «توزن من شدى») يعنى انت هل صرت زوجة لى (فقالت) المرأة (شدم) اى صرت (لا ينعقد النكاح بينهما مالم يقل قبول «كردم») لان قولها «شدم» ايجاب فلم يوجد القبول لا ينعقد وقوله ابتداء «توزن من شدى» اورد فيه على سبيل الاستفهام والمشاورة (ولو قال لها) اى لامرأة عند شاهدين (خويشتن را زن من كردانيدى) معناه هل جعلت نفسك لى زوجة (فقالت) المرأة (كردانيدم) اى جعلت (فقال) الرجل (پذيرفتم) يعنى قبلت (ينعقد) النكاح بينهما لان قولها «كردانيدم» ايجاب وقوله «پذيرفتم» قبول (ولو قال «لرجل دختر خويشتن را بپسر من ارزانى داشتى) معناه هل جعلت بنتك لائقة لابنى (فقال «داشتم») يعنى جعلت (لا ينعقد) مالم يقل قبول «كردم» لان هذا اللفظ لا ينبئ عن التمليك (ولو منعت المرأة زوجها من الدخول عليها) المرأة (وهو) اى والحال ان الزوج (يسكن معها فى بيتها) اى فى بيت المرأة (كانت) المرأة (ناشزة) لانها حبست نفسها منه بغير حق فلا تجب النفقة لها ما دامت على منعه فيتحقق النشوز منها فصار كحبسها نفسها فى منزل غيرها هذا اذا منعته ومرادها السكنى فى منزلها (ولو سكن فى بيت الغصب فامتنعت منه فلا) تكون ناشزة لانها محقة اذ السكنى فيه حرام وكذا لا تكون ناشزة لو كان المنع لينقلها الى منزل الزوج وكذا اذا كانت ساكنة معه فى منزله ولم تمكنه من الوطئ لانه يمكن الوطئ كرها غالبا فلا يعد منعا (ولو قالت لا اسكن مع امتك واريد) نفس المتكلم وحده (بيتا على حدة فليس لها ذلك) لانه لا بد له ممن يخدمه فلا يمكن منعه من ذلك (ولو قالت) المرأة (مرا طلاق ده» فقال) الزوج (داده گير او كرده گير او داده باد او كرده) معناه اعطى طلاقا فقال افرضى وقدرى انه قد اعطى او انه قد فعل او انه كان اعطى او انه كان قد فعل لان قوله «گير» معناه الاصلى امسك لكن معناه هنا افرضى وقدرى (ان نوى) الطلاق (ويقطع والا) اى وان لم ينو (فلا) يقع لاحتمال الوعد والايقاع فيحتاج الى نية الايقاع (ولو قال) الزوج (داده است) فى جواب قولها «مرا طلاق ده» (او كرده است» يقع) الطلاق (وان) وصلية (لم ينو) لانه لا يحتمل غير الايقاع فلا يحتاج الى النية (ولو قال «داده انگار وكرده انگار» لا يقع) الطلاق (وان) وصلية (نوى) الوقوع* والفرق بينهما ان فى الاول اخبار عن الوقوع فيقع مطلقا وفى الثانى ليس باخبار لان معنى قوله «داده انكار» افرضى انه وقع او احسبى فلا يقع به شئ (ولو قال «وى مرا نشايد تا قيامت») يعنى هى لا تليق لى الى يوم القيمة (او همه عمر) اى هى لا تليق فى جميع عمرى او مدة عمرى (لا يقع) الطلاق (الا بالنية) لانه من الكنايات (ولو قال)

لها حيلة زنان كن» فهو اقرار بالطلاق الثلاث) لان معنى كلامه افعلى حيلة النساء ومقصودهم بهذا احفظى عدتك او عدى ايام عدتك فان هذا عندهم كناية عن وقوع الطلاق الثلاث لان المرأة لاتشتغل بامور العدة الا بعد تيقن وقوع الثلاث (ولو قال «حيلة خويشتن كن» فلا) يكون اقرارا بالطلاق الثلاث لان هذا ليس بكناية عن الطلاق عندهم * وفى التنوير قال ان كان الله يعذب المشركين فامرأته طالق قالوا لاتطلق امرأته لان من المشركين من لايعذب وتمامه فى شرحه فليطالع (ولو قالت) امرأة (له) اى للزوج («كابين ترا بخشيدم») معناه وهبت لك المهر (مرا چنك بازدار) معناه خلصنا من نزاعك (فان طلقها) اى الزوج المرأة (سقط المهر والا) اى وان لم يطلقها (فلا) يسقط المهر للتعليق (ولو قال لعبده ياما لكى اولامته انا عبدك لايعتق) اى لايقع العتق فى العبد ولا فى الامة لانه ليس بصريح العتق ولا كناية له فلا يكون فيه شئ مما يقضى العتق بخلاف قوله لعبده يامولاى لان حقيقته تنبئ عن ثبوت الولاء وذلك بالعتق فيعتق (ولو دعى الى فعل فقال) المدعو («برمن سوكنداست») يعنى على اليمين («كه اين كار) يعنى هذا الفعل (نكنم») اى لاافعل (فهو اقرار باليمين بالله تعالى) لاباليمين بغيره تعالى كالطلاق ونحوه حملا على المشروع وهو اليمين بالله (وان قال «برمن سوكنداست» بطلاق) معناه على اليمين بالطلاق (فاقرار بالحلف بالطلاق) للتصريح به حتى اذا فعله تطلق امرأته (فان قال قلت ذلك كذبا لايصدق) احتياطا فى باب اليمين (وكذا) يكون اقرارا بالحلف بالطلاق (لو قال «مرا سوكند خانه است كه اين كار نكنم») معناه انا حالف يمين البيت ان لاافعل هذا الفعل فهو اقرار بالطلاق اعتبارا بالعرف (ولو قال المشترى للبائع بعد البيع بها «بازده») معناه رد الثمن (فقال البائع «بدهم») اى ارد (يكون فسخا للبيع) لان قول المشترى بها «بازده» يتضمن قوله فسخت البيع وقول البائع «بدهم» يتضمن قوله قبلت الفسخ فكان (فسخا من الجانبين العقار المتنازع) فيه (لايخرج من يد ذى اليد مالم يبرهن المدعى) على انه فى يده اى اذا ادعى عقارا لايكتفى بذكر المدعى انه فى يد المدعى عليه وبتصديق المدعى عليه فى ذلك بل لابد من اقامة البينة انه فى يد المدعى عليه حتى يصح دعواه او علم القاضى فى الصحيح كما مر فى الدعوى لان يد المدعى عليه لابد منه لتصح الدعوى عليه اذ هو شرط فيها ويحتمل ان يكون فى يد غيره فباقامة البينة تنتفى تهمة المواضعة فامكن القضاء عليه باخراجه من يده لتحقق يده بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة فلا يحتاج الى اثباتها بالبينة كما فى التبيين وفى البزازية هذا اذا ادعاه ملكا مطلقا اما اذا ادعى الشراء من ذى اليد واقراره بانه فى يده فانكر الشراء واقر بكونه فى يده لايحتاج الى اقامة البينة على كونه فى يده (ولايصح قضاء القاضى فى عقار ليس فى ولايته) لكن فى التنوير عقار لافى ولاية القاضى يصح قضاؤه فيه وقال فى شرحه وانما عدلنا عما اعتمده لما فى البزازية والخلاصة من ان الصحيح ان قضاء القاضى فى المحدود يصح وان لم يكن المحدود فى ولايته اه وفى تبيين الكنز على عدم صحة القضاء بقوله لانه لاولاية له فى ذلك المكان قال وقد اختلف المشايخ فيه هل يعتبر المكان او الاهل فقيل يعتبر المكان وقيل يعتبر الاهل حتى لاينفذ قضاؤه فى غير ذلك المكان على قول من يعتبر المكان ولا فى ذلك الاهل على من يعتبر الاهل وان

خرج القاضي مع الخليفة من المصر قضى وان خرج وحده لم يجز قضاؤه فهذا ينبغي ان يكون على قول من اعتبر المكان لان القضاء من اعلام الدين فيكون المصر شرطا فيه كالجمعة والعيدين وعن ابي يوسف ان المصر ليس بشرط فيه واليه اشار محمد ايضا اه * وفي البزازية ان ما اشار اليه محمد هو رواية النوادر وبه يفتى (واذا قضى القاضي في حادثة ببينة ثم قال رجعت عن قضائي او بدالي) اي ظهر لي (غير ذلك) القضاء (او وقفت في تلبيس الشهود او ابطلت حكمي ونحو ذلك لا يعتبر) قوله (والقضاء ماض ان كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة) لان رأيه الاول قد ترجح بالقضاء فلا ينقض باجتهاد مثله ولا يملك الرجوع عنه ولا ابطاله لانه تعلق به حق الغير وهو المدعي الا ترى ان الشاهد لما اتصل بشهادته القضاء لا يصح رجوعه ولا يملك ابطالها كما مر في موضعه فكذا القاضي وقال الشعبي كان رسول الله يقضي بالقضاء ثم ينزل القرآن بعد الذي قضى بخلافه فلا يرد قضاءه فيستأنف والمحيط وهذا يدل على ان القاضي اذا قضى بالاجتهاد في حادثة لا نص فيها ثم تحول عن رأيه فانه يقضي في المستقبل بما هو احسن عنده ولا ينقض ما مضى من قضائه لان حدوث الاجتهاد والرأي دون نزول القرآن والنبي عليه السلام لم ينقض القضاء الذي قضى بالرأي بالقرآن الذي نزل بعده فهذا اولى بخلاف ما اذا قضى باجتهاده في حادثة ثم تبين نص بخلافه فانه ينقض ذلك القضاء ورسول الله قضى باجتهاده ونزل القرآن بخلافه ومع ذلك لم ينقض قضاءه الاول والفرق ان القاضي حال ما قضى باجتهاده فالنص الذي هو مخالف لاجتهاده كان موجودا منزلا الا انه خفي عليه وكان الاجتهاد في محل النص فلا يصح والنبي عليه السلام حال ما قضى باجتهاده كان الاجتهاد في محل لا نص فيه فيصح وصار ذلك شريعة له فاذا نزل القرآن بخلافه صار ناسخا لذلك الشريعة كما في التبيين وظاهره ان وقوع القضاء بالبينة لا بد منه في عدم صحة رجوع القاضي عنه وقيده في الخلاصة بذلك وقال ابن وهبان ويفهم من التقييد انه كان اذا قضى بعلمه يجوز له الرجوع * وفي التنوير اذا قال الشهود قضيت وانكر القاضي بان قال لم اقض فالقول للقاضي على القول المفتى به ما لم ينفذه قاض آخر اما اذا انفذه قاض آخر لا يكون القول قوله في انه لم يقض لوجود قضائه الثاني به (ومن له على آخر حق فخبأ) صاحب الحق (قوما ثم سأله) اي سأل الآخر (عنه) اي عن الحق الذي عليه (فاقر به) اي بذلك الحق (وهم) اي القوم (يرونه) اي المقر (ويسمعونه) اي يسمعون اقراره (وهو) اي المقر (لا يراهم صحت شهادتهم عليه) بذلك الاقرار لان الاقرار موجب بنفسه وقد علموه والعلم هو الركن في اطلاق اداء الشهادة قال الله * الا من شهد بالحق وهم يعلمون * وقال صلى الله تعالى عليه وسلم * اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع * (وان سمعوا كلامه و) لكن (لم يروه) اي المقر (فلا) تصح شهادتهم عليه بذلك الاقرار لان النغمة تشبه النغمة فيحتمل ان يكون المقر غيره الا اذا كانوا دخلوا البيت وعلموا انه ليس فيه احد سواهم ثم جلسوا على الباب وليس للبيت مسلك غيره ثم دخل رجل فسمعوا اقرار الداخل ولم يروه وقت الاقرار لان العلم حاصل لهم في هذه الصورة فجاز لهم ان يشهدوا عليه كما مر في موضعه (ولو بيع عقار وبعض اقارب البائع حاضر يعلم البيع وسكت لا تسمع دعواه بعده) بخلاف الاجنبي ولو جارا

الا اذا تصرف المشتري فيه زرعا وبناء حيث تسقط دعواه على ما عليه الفتوى قطعا للاطماع الفاسدة بخلاف ما اذا باع الفضولي ملك رجل والمالك ساكت حيث لا يكون رضى عندنا خلافا لابن ابي ليلى* وفي التبيين لم يعين القريب هنا * وفي الفتاوى لابي الليث ذكر انه لو باع عقارا وابنه وامرأته حاضر يعلم به وتصرف المشتري فيه زمانا ثم ادعى الابن انه ملكه ولم يكن ملك ابيه وقت البيع اتفق مشايخنا على انه لا تسمع مثل هذه الدعوى وهو تلبيس محض وحضوره عند البيع وتركه فيما يصنع فيه اقرار منه بانه ملك البائع وان لا حق له في المبيع وجعل سكوته في هذه الحالة كالافصاح بالاقرار قطعا للاطماع الفاسدة لاهل العصر في الاضرار بالناس وتقييده بالقريب ينفي جواز ذلك مع القريب انتهى لكن لم يقيده المصنف بقوله ان يتصرف المشتري فيه زمانا لان التقييد به يوجب التسوية بين القريب والجار مع ان الجار يخالفه قال ظهير الدين فتوى ائمة بخارى على ان سكوته لا يكون تسليما وله المطالبة والدعوى كما اذا كان الحاضر الساكت غير الولد والزوجة والقريب لان سكوت الناطق لا يجعل اقرارا وائمة خوارزم على رأى ائمة سمرقند حيث لا تسمع دعواه واختار القاري في فتاواه انه تسمع في الزوجة لا في غيرها* وفي المنح يتأمل المفتي في ذلك ان رأى المدعي الساكت الحاضر ذا حيلة افتى بعدم السماع وان رأى خلافه افتى بالسماع لكن الغالب على اهل الزمان الفساد فلا يفتى الا بما اختاره اهل خوارزم (ولو وهبت امرأة مهرها من زوجها ثم ماتت) المرأة (فطلب اقاربها المهر منه وقالوا) اي الورثة (كانت الهبة في مرض موتها) اي المرأة (وقال) الزوج لا (بل في صحتها فالقول له) اي للزوج* وفي التبيين والقياس ان يكون القول للورثة لان الهبة حادثة والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات *ووجه الاستحسان انهم اتفقوا في سقوط المهر عن الزوج لان الهبة في مرض الموت تفيد الملك وان كانت للوارث الا ترى ان المريض اذا وهب عبد الوارثه فاعتقه الوارث او باعه نفذ تصرفه ولكن يجب على الضمان ان مات المورث في ذلك المرض رد الوصية للوارث بقدر الامكان فاذا سقط عنه المهر بالاتفاق فالوارث يدعي العود عليه بموتها والزوج ينكر فالقول قول المنكر اه* وقال صاحب المنح فالقول للورثة هذا هو المعتمد كما في الخانية ونص كلامه رجل مات وترك مالا فادعى بعض الورثة عينا من اعيان التركة ان المورث وهب له في صحته وقبضه ونفته الورثة قالوا ان كان ذلك في المرض فالقول يكون قول من يدعي الهبة في المرض وان اقاموا البينة من يدعي الهبة في الصحة كذا ذكر في الجامع الصغير انتهى (ولو اقر بحق ثم قال كنت كاذبا فيما اقررت حلف المقر له ان المقر لم يكن كاذبا فيما اقر وليست بمبطل فيما تدعي عليه عند ابي يوسف) وهو استحسان وعندهما لا يحلف بتسليم المقر به الى المقر له وهو القياس لان الاقرار حجة ملزمة شرعا فلا يصار معه الى اليمين كالبينة بل اولى لان احتمال الكذب فيه ابعد لتضرره بذلك* ووجه الاستحسان ان العادة جرت بين الناس انهم يكتبون صك الاقرار ثم يأخذون المال فلا يكون الاقرار حجة على اعتبار هذه الحالة فيحلف (وبه) اي بقول ابي يوسف (يفتى) لتغير احوال الناس وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر بذلك والمدعي لا يضره اليمين ان كان صادقا فيصار اليه كما في التبيين* وفي مجمع الفتاوى ان البائع

لواقر بقبض الثمن ثم قال لم اقبضه يحلف المشتري استحسانا وكذا الواقر الواهب ثم انكر واراد استحلاف الموهوب له يحلف وكذا الواقر بقبض الدين ثم قال كذبت وكذا الواقر المشتري بقبض المبيع ثم قال لم اقبضه فله ذلك استحسانا عنده لا عند الطرفين وروى ان محمدا لما قلد القضاء رجع الى قول ابي يوسف (والاقرار ليس سببا للملك) لانه ليس بناقل الملك المقر الى المقر له لان الاقرار اخبار يحتمل الصدق فيجوز تخلف مدلوله الوضعي عنه بخلاف الانشاء كالبيع والهبة ونحوهما لانه ايجاد معنى بلفظ يقارنه في الوجود فيمتنع فيه التخلف (ولو قال لآخر وكلتك ببيع هذا الشيء فسكت) المخاطب (صار وكيلا) لان سكوته وعدم رده من ساعته دليل القبول عادة ونظيره هبة الدين ممن عليه الدين واذا سكت صحت الهبة وسقط ما بيناه وان قال من ساعته لا اقبل بطل وبقي الدين على حاله (ومن وكل امرأته بطلاق نفسها لا يملك) الزوج الموكل (عزلها) لانه يمين من جهته لما فيه من معنى اليمين وهو تعليق بفعلها فلا يصح الرجوع عن اليمين وهو تمليك من جهتها لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره وهي عاملة لنفسها فلا تكون وكيلة بخلاف الاجنبي كما في التبيين (ولو قال لآخر وكلتك بكذا على اني متى عزلتك فانت وكيلي فطريق عزله ان يقول عزلتك ثم عزلتك) لان الوكالة يجوز تعليقها بالشرط فيجوز تعليقها بالعزل عن الوكالة فاذا عزله انعزل عن الوكالة المنجزة فتنجزت المعلقة فصار وكيلا جديدا ثم بالعزل الثاني انعزل عن الوكالة الثانية كما في التبيين (ولو قال) لآخر وكلتك بكذا على اني (كلما عزلتك فانت وكيلي) لا يكون معزولا بل كلما عزله كان وكيلا لان كلما تفيد عموم الافعال فاذا اراد ان يعزله (فطريقه ان يقول رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن المنجزة) فانه اذا رجع عنها لا يبقى لها اثر فاذا قال بعدها وعزلتك عن الوكالة المنجزة الحاصلة من لفظ كلما فحينئذ ينعزل (وقبض بدل الصلح قبل التفرق شرط ان كان) الصلح (دينا بدين) بان وقع الصلح على دراهم عن الدنانير او على شيء آخر في الذمة لانه صرف او بيع وفيه لا يجوز الافتراق عن الدين بالدين (والا) اي وان لم يكن دينا بدين (فلا) يشترط قبضه لان الصلح اذا وقع على غير متعين لا يبقى دينا في الذمة فجاز الافتراق عنه وان كان مال الربوا كما اذا وقع الصلح على شعير بعينه عن حنطة في الذمة وقدمر في موضعه (ومن ادعى على صبي دارا فصالحه ابوه على مال الصبي فان كان له) اي للمدعي (بينة جاز الصلح ان كان بمثل القيمة او اكثر بما يتغابن فيه) بين الناس لان للصبي فيه منفعة وهي سلامة العين له لانه لو لم يصالح يستحقه المدعي بالبينة فيأخذه فيكون هذا الصلح من الاب بمنزلة الشراء من المدعي (وان لم يكن له) اي للمدعي (بينة او كانت) البينة (غير عادلة لا يجوز) الصلح لان الاب يصير متبرعا بمال الصبي بالصلح لا مشتريا لانه لم يستحق المدعي شيأ من ماله او لا الصلح (ومن قال لا بينة لي) على دعوى هذا الحق (ثم برهن) اي اقام بينة (صح) برهانه لانه يمكن ان تكون له بينة فنسيها ثم ذكرها بعد ذلك وعن الامام انها لا تقبل لظاهر التناقض والاصح القبول بخلاف ما اذا قال ليس لي حق عليه ثم ادعى عليه حقا حيث لا تسمع دعواه للتناقض (وكذا لو قال لا شهادة لي في هذه القضية ثم شهد) لما مر وعن الامام انها لا تقبل ايضا وقيل تقبل وفاقا ان وفق وفي التنوير قال تركت دعواي على فلان وفوضت امري الى

الآخر لا تسمع دعواه بعده * وفي التبيين لو قال ليس لي عند فلان شهادة ثم جاء به فشهد فانه تقبل شهادته او قال لا حجة لي على فلان ثم اتى بالحجة فانها تقبل ولو قال لا اعلم لي حقا على فلان ثم اقام البينة ان له عليه حقا تقبل ولو قال هذه الدار ليست لي او ذلك العبد ثم اقام بينة ان الدار او العبد له تقبل بينته لانه لم يثبت باقراره حق لاحد وكل اقرار لم يثبت به لغيره حق كان لغوا ولهذا تصح دعوى الملاعن نسب ولد نفي بلعانه نسبه لانه حين نفاه لم يثبت فيه حقا (وللامام الذي ولاه الخليفة ان يقطع) من الاقطاع (انسانا من طريق الجادة) وهي الشارع الاعظم (ان لم يضر ذلك (بالمارة) لعموم ولايته في حق الكافة فيما فيه نظر لهم وكان له ذلك من غير ان يلحق ضررا باحد الا ترى انه اذا رأى ان يدخل بعض الطريق في المسجد او بالعكس وكان في ذلك مصلحة للمسلمين كان له ان يفعل ذلك والامام الذي ولاه الخليفة بمنزلة الخليفة لانه نائبه فيملك ما يملكه (ومن صادره السلطان) بان اراد ان يأخذ منه مالا (ولم يعين) السلطان (بيع ماله) بل طلب منه جملة من المال (فباع ماله نفذ) بيعه لانه غير مكره به وانما باع باختياره غاية الامر انه احتاج الى بيعه لايفاء ما طلب منه وذلك لا يوجب الكره كالدائن اذا حبس بالدين فباع ماله لقضاء الدين الذي عليه فانه يجوز لانه باعه باختياره وانما وقع الكره في الايفاء لا في البيع كما في التبيين (ولو خوف امرأته بالضرب حتى وهبت مهرها منه لا تصح الهبة ان قدر على الضرب) لانها مكرهة عليه اذ الاكراه على المال يثبت بمثله (وان اكرهها) اي المرأة (على الخلع ففعلت يقع الطلاق) لان طلاق المكره واقع (ولا يجب المال) اذ الرضى شرط فيه وقد انعدم على ما بيناه في الاكراه (ولو احالت) اي المرأة (انسانا بالمهر على الزوج) ليأخذه عوض دينه مثلا (ثم وهبته من الزوج لا تصح الهبة) لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن فصار كما لو باع المرهون او وهبه (ومن اتخذ بئرا او بالوعة في داره فنز منها) اي من البئر او البالوعة (حائط جاره وطلب) الجار (تحويله) اي تحويل ذلك الى موضع آخر (لا يجبر عليه) اي على التحويل لانه تصرف في خالص ملكه (وان سقط الحائط منه) اي من ذلك اي من سبب النز (لا يضمنه) اي يضمن صاحب البئر لان هذا تسبيب فلا يجب الضمان الا بالتعدي (ومن عمر دار زوجته بماله) اي بمال الزوج (باذنها) اي باذن الزوجة (فالعمارة) تكون (لها) اي للزوجة لان الملك لها وقد صح أمرها بذلك (والنفقة) التي صرفها الزوج على العمارة (دين له) اي للزوج (عليها) اي على الزوجة لانه غير متطوع فيرجع عليها لصحة الامر فصار كالمأمور بقضاء الدين (وان عمرها) اي الدار (لها) اي للزوجة (بلا اذنها) اي الزوجة (فالعمارة لها) اي للزوجة (وهو) اي الزوج في العمارة (متبرع) في الانفاق فلا يكون له الرجوع عليها به (وان عمر لنفسه بلا اذنها) اي الزوجة (فالعمارة له) اي للزوج لان الآلة التي بني بها ملكه فلا يخرج عن ملكه بالبناء من غير رضاه فيبقى على ملكه ويكون غاصبا للعرصة وشاغلا ملك غيره بملكه فيؤمر بالتفريغ ان طلبت زوجته ذلك كما في التبيين لكن بقي صورة وهي ان يعمر لنفسه باذنها ففي الفرائد ينبغي ان تكون العمارة في هذه الصورة له والعرصة لها ولا يؤمر بالتفريغ ان طلبته اه (ومن اخذ غريمه فنزعه انسان من يده فلا ضمان على النازع) اذا هرب الغريم لان النزع تسبيب وقد دخل بينه

وبين ضياع حقه فعل فاعل مختار فلا يضاف اليه التلف كما اذا حل قيد العبد فابق او كدلالة
السارق على مال غيره فان الدال لا يجب عليه الضمان لان التلف حصل بفعل السرقة لا بالدلالة
وكمن امسك هاربا من عدو حتى قتله العدو فان الممسك لا يجب عليه الضمان فكذا هذا (ومن
في يده مال انسان فقال له سلطان ادفعه) اى هذا المال (الى والا قطعت يدك وضربتك
خمسين سوطا لا يضمن) الدافع (لو دفع) المال الى السلطان لانه مكره عليه فكان الضمان على
المكره او على الآخذ ايهما شاء المالك ان كان الآخذ مختارا والا فعلى المكره فقط كما في التبيين
لكن ان كان المكره والآخذ هو السلطان فقط بشهادة قوله لى فلا معنى لقوله او على الآخذ تدبر
(ولو وضع في الصحراء منجلا ليصيد به) اى بالمنجل (حمار وحش وسمى عليه) عند الوضع
(فجاء في الغد) اى في يوم الثاني (ووجد الحمار مجروحا ميتا لا يحل اكله) لان الشرط ان
يجرحه انسان او يذبحه ولم يوجد وتقييده باليوم الثاني اتفاقي حتى لو وجده ميتا من ساعته
لا يحل لعدم شرطه (ويكره من الشاة الحيا) مقصورا وهو الفرج (والخصية والمثانة
والذكر والغدة والمرارة والدم المسفوح) لما روى الاوزاعي عن واصل بن جميلة عن مجاهد
قال كره رسول الله عليه السلام من الشاة الذكر والانثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة
والدم * قال الامام الدم حرام واكره الستة وذلك لقوله عز وجل «حرمت عليكم الميتة والدم»
فلما تناوله النص قطع بتحريمه وكره ما سواه لانه مما تستخبثه الانفس وتكرهه وهذا المعنى سبب
الكراهة لقوله تعالى * ويحرم عليهم الخبائث * كما في التبيين لكن ان هذه الاشياء ان كانت من
الخبائث ينبغي القول بتحريمها لان قوله تعالى * ويحرم عليهم الخبائث * ينظمها فكيف تجعل
مكروهة وان لم يكن كذلك فلا بد من الدليل على الكراهة بمعنى آخر * وفي شرح الوهبانية
تفصيل وحاصله ان الامام اطلق اسم الحرام على الدم المسفوح وسمى ما سواه مكروها لانه ثبتت
حرمته بدليل مقطوع به وهو النص المعتبر وهو قوله تعالى * الا ان يكون ميتة او دما مسفوحا *
وبقية الستة لم تثبت به بل بالاجتهاد وبظاهر الكتاب المحتمل للتأويل والحديث (وللقاضي ان
يقرض مال الغائب والطفل واللقطة) لقدرته على الاستخلاص فلا يفوت الحفظ به بخلاف الاب
والوصي والملتقط لعجزهم فيكون تضييعا الا ان الملتقط اذا انشد اللقطة ومضى مدة النشدات
ينبغي ان يجوز له الاقراض من فقير لانه لو تصدق به عليه في هذه الحالة جاز فالقرض اولى كما في
التبيين وفي الاقضية انما يملك القاضي الاقراض اذا لم يحصل غلة لليتيم اما اذا وجدت فلا يملكه
هكذا روى عن محمد وينبغي ان يشترط لجواز اقراض القاضي عدم وصي اليتيم ولو كان منصوب
القاضي فانه لم يجز عند وجود الوصي وهو الصحيح كما في الفصولين (ولو كانت حشفة الصبي
ظاهرة) حيث (من رآه ظنه مختتنا و) الحال انه (لا تقطع جلدته الا بمشقة جاز ترك ختانه)
على حاله * لان قطع جلدة ذكره لتنكشف الحشفة فاذا كانت الحشفة ظاهرة فلا حاجة الى
القطع وان كان توارى الحشفة يقطع الفضل * ولو ختن ولم يقطع الجلدة كلها ينظر ان قطع
اكثر من النصف يكون ختانا لان للاكثر حكم الكل وان قطع النصف فما دونه لا يعتد به لعدم
الختان حقيقة وحكما (وكذا) جاز ترك ختان (شيخ اسلم وقال اهل البصر لا يطيق الختان)

للعذر الظاهر والختان سنة وهو من شعائر الاسلام وخصائصه فلو اجتمع اهل بلدة على تركه حاربهم الامام (وقت الختان غير معلوم) عند الامام فانه قال لاعلم لي بوقته ولم يروعنهما فيه شئ (وقيل سبع سنين) وقيل لايختتن حتى يبلغ وقيل اقصاه اثنى عشرة سنة وقيل تسع سنين وقيل وقته عشر سنين لانه يؤمر بالصلاة اذا بلغ عشرا اعتبارا وتخلقا فيحتاج الى الختان لانه شرع للطهارة وقيل ان كان قويا يطيق الم الختان ختن والافلا وهو اشبه بالفقه وختان المرأة ليس بسنة (ولا يجوز ان يصلى على غير الانبياء والملائكة الابطريق التبع) كما يقال * اللهم صل على محمد وآله وصحبه * ونحو ذلك * وذلك لان في الصلاة من التعظيم ماليس في غيرها من الدعوات وهي لزيادة الرحمة والقرب من الله تعالى ولا يليق ذلك لمن يتصور منه الخطايا والذنوب وانما يدعى له بالعفو والمغفرة والتجاوز * ويستحب الترضي للصحابة والترحم للتابعين ومن بعدهم من العلماء والعباد وسائر الاخيار وكذا يجوز الترحم على الصحابة والترضي للتابعين ومن بعدهم من العلماء والعباد (ولا يجوز (الاعطاء باسم النيروز والمهرجان) اى الهدايا باسم هذين اليومين حرام بل كفران قصد تعظيم المذكور من النيروز والمهرجان كما بيناه في موضعه (ولا بأس بلبس القلانس) لما روى ان النبي عليه السلام كان له قلانس يلبسها وقد صح ذلك (وللشاب العالم ان يتقدم على الشيخ الجاهل) لما مر انه افضل منه قال الله تعالى * هل يستوى الذين يعلمون والذين لايعلمون * ولهذا يقدم في الصلاة وهي احد اركان الاسلام وقال الله تعالى * اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولى الامر منكم * والمراد باولى الامر العلماء في اصح الاقوال والمطاع شرعا يقدم * والعلماء ورثة الانبياء على ماجاءت به السنة (ولحافظ القرآن ان يختم في اربعين يوما) لان المقصود من قراءة القرآن فهم معانيه والاعتبار بما فيه لامجرد التلاوة وذلك يحصل بالتأنى بالتوانى في المعانى فقدروا للختم اقله باربعين يوما يقرأ في كل يوم حزبا ونصف حزب واقل ولله در المصنف ان يختم كتابه في بيان قراءة القرآن وكيفية الختم

كتاب الفرائض

وجه التأخير بين فلا يحتاج الى البيان * هي جمع فريضة من الفرض وهو التقدير يقال فرض القاضي النفقة اى قدرها وسمى هذا العلم فرائض لان الله تعالى قدره بنفسه ولم يفوض تقديره الى ملك مقرب ولا نبي مرسل وبين نصيب كل واحد من النصف والربع والثمن والثلثين والثلث والسدس بخلاف سائر الاحكام كالصلاة والزكاة والحج وغيرها فان النصوص فيها مجملة وانما السنة بينتها وهذا العلم من اشرف العلوم قال عليه السلام العلم ثلاثة وماسوى ذلك فضل آية محكمة اوسنة قائمة او فريضة عادلة * وقد حث عليه السلام على تعليه وتعلمه بقوله « تعلموا الفرائض وعلموها فانها نصف العلم وهو ينسى وهو اول شئ ينزع من امتى » (بدأ من تركة الميت) الخالية على تعلق حق الغير بعينها كالرهن والعبد الجاني والمشترى قبل القبض فان صاحبه يقدم على التجهيز كما في حال حياته وان لم يكن يبدأ (بتجهيزه ودفنه) اعتبارا لحالة الحياة فان المرأ يقدم نفسه في حياته فيما يحتاج اليه من النفقة والكسوة والسكنى على اصحاب الديون مالم يتعلق حق الغير بعين ماله فكذا بعد وفاته فانه يقدم تجهيزه ودفنه (بلا اسراف ولا تقتير) وهو قدر كفن الكفاية او كفن السنة او قدر مايلبسه في حياته من اوسط ثيابه او من الذي كان يتزين به في الاعياد

والجمع والزيارات على ما اختلفوا فيه وقال ابو يوسف كفن المرأة على زوجها خلافا لمحمد قال الصدر الشهيد وقاضيخان الفتوى على قول ابي يوسف (ثم تقضى ديونه) من جميع ماله الباقي بعد التجهيز والدفن اى ثم يبدأ بوفاء دينه الذى له مطالب من جهة العباد لا دين الزكاة والكفارات ونحوها لان هذه الديون تسقط بالموت فلا يلزم الورثة اداؤها الا اذا اوصى بها او تبرعوا بها من عندهم (ثم تنفذ وصاياه من ثلث ما بقى بعد الدين) اى ثم يبدأ بوصيته اى بتنفيذها من ثلث ما بقى بعد التجهيز والدين وفيما اكثر من الثلث لا يجوز الا باجازة الورثة على ما مر ثم هذا ليس بتقديم على الورثة في المعنى بل تشريك لهم حتى اذا سلم له شئ سلم للورثة ضعفه او اكثر (ثم يقسم الباقي بين ورثته) اى الذين ثبت ارثهم بالكتاب والسنة واجماع الامة (ويستحق الارث بنسب ونكاح وولاء) كما سيأتى مفصلا (ويبدأ باصحاب الفروض) اى كل صاحب سهم مقدر في الكتاب او السنة او الاجماع كما ذكره السرخسي وتقديمهم على العصبة لقوله عليه السلام *الحقوا الفرائض باهلها فما بقيته فلاولى رجل ذكر* (ثم) يبدأ (بالعصبات النسبية) فان العصوبة النسبية اقوى من السببية يرشدك الى ذلك ان اصحاب الفروض النسبية يرد عليهم دون اصحاب الفروض السببية اعني الزوجين (ثم) يبدأ (بالمعتق) بكسر التاء مذكرا كان او مؤنثا فان من اعتق عبدا او امة كان الولاء له ويرثه ويسمى ذلك ولاء العتاقة والنعمة (ثم عصبته) اى يبدأ عند عدم مولى العتاقة بعصبته من الذكور وهذا قيد لا بد منه لقوله عليه السلام *ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن* الحديث (ثم الرد) اى يبدأ بعد العصبات السببية بالرد على ذوى الفروض النسبية لبقاء قرابتهم بعد اخذ فرائضهم دون ذوى الفروض السببية (ثم ذوى الارحام) اى يبدأ عند عدم الرد لانتفاء ذوى الفروض النسبية بذوى الارحام وهم الذين لهم قرابة وليسوا بعصبة ولا ذوى سهم (ثم مولى الموالاة) اى عند عدم هؤلاء المذكورين يبدأ في جميع الميراث بمولى الموالاة ان لم يوجد احد الزوجين وان وجد يبدأ به ايضا لكن في الباقي من فرضه وتفصيل مولى الموالاة قدمر في موضعه (ثم المقر له بنسب) على الغير (لم يثبت) نسبه باقراره من ذلك الغير اذا مات المقر على اقراره يعنى ان هذا المقر له مؤخر في الارث عن مولى الموالاة ومقدم على الموصى له بجميع المال وفصله السيد في شرح الفرائض فليطالع (ثم الموصى له باكثر من الثلث) اى اذا عدم من تقدم ذكره يبدأ بمن اوصى له بجميع المال فيكمل له وصيته لان منعه عما زاد على الثلث لاجل الورثة فاذا لم يوجد احد منهم فله عندنا ما عين له كاملا وانما اخر عن المقر له بناء على ان له نوع قرابة بخلاف الموصى له (ثم بيت المال) اى اذا لم يوجد احد من المذكورين توضع التركة في بيت المال على انها مال ضائع فصار فيئا لجميع المسلمين فيوضع هناك وليس ذلك بطريق الارث وعند الشافعية ان بيت المال ان كان منتظما يقدم على ذوى الارحام والرد ولا ميراث عندهم اصلا لمولى الموالاة ولا للمقر له بالنسب على الغير ولا للموصى له بجميع المال (ويمنع الارث الرق) وافرا كان او ناقصا لان جميع ما في يده من المال فهو لمولاه فلو ورثناه عن اقربائه لوقع الملك لسيده فيكون توريثا للاجنبي بلا سبب وانه باطل اجماعا (والقتل) كما مر تفصيله في الجنايات (واختلاف الملتين) فلا يرث

الكافر من المسلم اجماعا ولا المسلم من الكافر على قول على وزيد وعامة الصحابة رضى الله تعالى عنهم واليه ذهب علماؤنا والشافعى كما مر تفصيله (واختلاف الدارين حقيقة) كالحربى والذمى (او حكما) كالمستأمن والذمى او الحربيين من دارين مختلفين كما مر ذكره فلا حاجة الى التكرار (والمجمع على توريثهم من الرجال عشرة الاب وابوه) اى اب الاب (والابن وابنه والاخ وابنه والعم وابنه والزوج ومولى النعمة) اى مولى العتاقة (ومن النساء سبع الام والجدة) اى ام الام (والبنت وبنت الابن والاخت والزوجة ومولاة النعمة) اى مولاة العتاقة (وهم) اى الوارثون المجمع على توريثهم قسمان (ذو فرض وعصبة) اى المورث (فذو الفرض من له سهم مقدر والسهام المقدرة فى كتاب الله ستة النصف) وقد ذكر فى كتاب الله تعالى فى ثلاثة مواضع فقال * وان كانت واحدة (اى البنت) فلها النصف * وقال * ولكم نصف ما ترك ازواجكم * وقال * وله اخت فلها نصف ما ترك * (والربع) وقد ذكر فى موضعين حيث قال * فلكم الربع مما تركن * وقال * ولهن الربع مما تركتم * (والثمن) وقد ذكر فى موضع حيث قال * ولهن الثمن مما تركتم * (والثلثان) وقد ذكر فى موضعين حيث قال فى حق البنات * فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك * وفى حق الاخوات * فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان * (والثلث) وقد ذكر فى موضعين حيث قال * فلامه الثلث * وقال * وان كانوا (اى اولاد الام) اكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث * (والسدس) وقد ذكر فى ثلاثة مواضع حيث قال * ولابويه لكل واحد منهما السدس * وقال * وان كان له اخوة فلامه السدس * وقال فى حق ولد الام * وله اخ او اخت فلكل واحد منهما السدس * ثم شرع فى التفصيل فقال (فالنصف للبنت ولبنت الابن عند عدمها) اى عدم البنت لان بنت الابن قامت مقامها اذا عدمت البنت (و) النصف (للاخت للابوين والاخت الاب عند عدمها) اى عدم الاخت لابوين (اذا انفردن) عن اخوتهن واما اذا اختلطن بهم تصير عصبات بهم ويكون للذكر مثل حظ الانثيين كما سيأتى (و) النصف (للزوج عند عدم الولد وولد الابن) وقيد بولد الابن ليخرج ولد البنت فان الحكم لا يكون كذلك بل يكون لها معه الربع (والربع له) اى للزوج (عند وجود احدهما) وان سفل لقوله تعالى * ولكن نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن * فيستحق كل زوج اما النصف واما الربع مما تركته امرأته (وللزوجة) الربع (وان) وصلية (تعددت عند عدمهما) اى الولد او ولد الابن لقوله تعالى * ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد * (والثمن لها) اى للزوجة (كذلك عند وجود احدهما) اى الولد او ولد الابن وان سفل لقوله تعالى * فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم * وان كن اكثر من واحدة اشتركن فيه لوجهين احدهما ان يلزم الاجحاف ببقية الورثة لانه لو اعطى كل واحدة منهن ربما يأخذن الكل اذا ترك اربع زوجات بلا ولد والنصف مع الولد والثانى ان مقابلة الجمع بالجمع تقتضى مقابلة الفرد بالفرد كقوله ركب القوم دوابهم ولبسوا ثيابهم فيكون لواحدة الربع او الثمن عند انفرادها بالنص واذا كثرت وقعت المزاحمة بينهم فيصرف اليهن جميعا على السواء لعدم الاولوية ولفظ الولد

يتناول ولد الابن فيكون مثله بالنص او بالاجماع فتصير له حالتان (والثلثان لكل اثنتين فصاعدا ممن فرضهن النصف) وهي البنات والاخوات لقوله تعالى « فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك » (والثلث الامام عند عدم الولد وولد الابن و) عدم (الاثنين من الاخوة والاخوات) ولها مع هؤلاء السدس * ولفظ الجمع في الاخوة في قوله تعالى « فان كان له اخوة » يطلق على الاثنين فيحجب الام بهما من الثلث الى السدس من اى جهة كانا او من جهتين لان لفظ الاخوة يطلق على الكل وهذا قول جمهور الصحابة رضي الله تعالى عنهم وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه لم يحجب الام من الثلث الى السدس الا بثلاثة منهم عملا بظاهر الآية (ولها) اى للام (ثلث ما بقي بعد فرض احد الزوجين في زوج وابوين او زوجة وابوين) فيكون لها السدس مع الزوج والاب والربع مع الزوجة والاب لانه هو الثلث الباقي بعد فرض احد الزوجين فصار للام ثلاثة احوال ثلث الكل وثلث ما بقي بعد فرض احد الزوجين والسدس * وابن عباس رضي الله عنهما لا يرى ثلث الباقي بل يورثها ثلث الكل والباقي للاب وخالف فيه جمهور الصحابة (ولو كان مكان الاب فيهما جد فلها) اى للام (ثلث الجميع) عند الطرفين فلا يبالي بتفضيلها عليه لكونها اقرب منه (خلافا لابي يوسف) فان لها مع الجد ايضا ثلث الباقي عنده كما في الاب فعلى هذه الرواية جعل الجد كالاب فيعصب الام كما يعصبها الاب (و) الثلث (للاثنين فصاعدا من من ولد الام يقسم) الثلث (لذكورهم واناثهم بالسوية) يعني الانثى منهم تأخذ مثل ما يأخذ الذكر منهم بلا تفضيل الذكر منهم على الانثى لقوله تعالى « وان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث » والشركة تقتضي المساواة (والسدس للواحد منهم) اى من اولاد الام (ذكرا وانثى) لقوله تعالى « وان كان رجل يورث كلالة او امرأة وله اخ او اخت فلكل واحد منهما السدس » والمراد به اولاد الام ولهذا قرأ بعضهم « وله اخ او اخت لام » (و) السدس (للام عند وجود الولد او ولد الابن او) وجود (الاثنين من الاخوة والاخوات) كما سبق (و) السدس (للاب مع الولد او ولد الابن) فان كان مع الاب ابن فله فرضه اعني السدس والباقي للابن وان كان معه بنت فله السدس ايضا لان اسم الولد يتناول الابن والبنت وللبنت النصف بالفرض وما بقي للاب ايضا لانه اولى رجل ذكر من العصبات عند عدم الابن وولد الابن وولد شرعا بالاجماع قال الله تعالى « يا بني آدم » وليس دخول ولد الابن في الولد من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز بل هو من باب عموم المجاز او عرف كون حكم ولد الابن كحكم الولد بدليل آخر وهو الاجماع (وكذا) السدس (للجد الصحيح عند عدمه) اى عدم الاب لان الجد الصحيح كالاب الا في اربع مسائل مشهورة ثم عرفه فقال (وهو) اى الجد الصحيح (من لا يدخل في نسبته الى الميت ام) كابي الاب (فان دخلت) في نسبته الى الميت ام (فجد فاسد) فلا يرث الا على انه من ذوي الارحام لان تخلل الام في النسبة يقطع النسب اذ النسب الى الآباء لان النسب للتعريف والشهرة وذلك بالمشهور وهو الذكور دون الاناث (و) السدس (للجدة الصحيحة وان) وصلية (تعددت) كام الام مع ام الاب فيشتركن في السدس اذا كن ثابتات متحاذيات في الدرجة لقوله عليه السلام * اطعموا الجدة السدس * وابو بكر رضي الله عنه اشرك

بين الجدتين في السدس وكان ذلك بمحضر الصحابة ولم ينكر عليه احد فكان اجماعا * ثم عرفها فقال (وهي) اي الجدة الصحيحة (من لا يدخل في نسبتها الى الميت جد فاسد) هي من يتخلل في نسبتها الى الميت ذكر بين انثيين (و) السدس (لبنت الابن وان) وصلية (تعددت مع الواحدة من بنات الصلب) تكملة للثلثين لان حق البنات الثلثان وقد اخذت الواحدة النصف لقوة القرابة فبقي السدس من حق البنات فيأخذه بنات الابن واحدة او متعددة وما بقي من التركة فلاولى عصبة فبنات الابن من ذوات الفروض مع الواحدة من الصلبيات هذا اذا لم يكن في درجتهن ابن ابن واما اذا كان معهن ابن ابن يكن عصبة معه ولا يرثن السدس كما سيأتي (وللاخت لاب كذلك) اي لها السدس وان تعددت (مع الاخت الواحدة للابوين) لان حق الاخوات الثلثان وقد اخذت الاخت الواحدة للابوين النصف فبقي منه سدس فيعطى للاخوات لاب تكملة للثلثين ولا يرثن مع الاختين لاب وام الا ان يكون معهن اخ لاب فيعصبهن كما سيأتي

فصل في العصبات

العصبة النسبية ثلاثة عصبة بنفسه وعصبة بغيره وعصبة مع غيره (والعصبة بنفسه ذكر) فان الانثى لا تكون عصبة بنفسها بل بغيرها او مع غيرها (ليس في نسبته الى الميت انثى) فان قلت الاخ لاب وام عصبة بنفسه مع ان الام داخلة في نسبته الى الميت قلت قرابة الاب اصل في استحقاق العصوبة فانها اذا انفردت كفت في اثبات العصوبة بخلاف قرابة الام فانها لا تصلح بانفرادها علة لاثباتها فهي ملغات في اثبات العصوبة لكنا جعلناها بمنزلة وصف زائد فرجحنا بها الاخ لاب وام على الاخ لاب (وهو يأخذ ما بقيت الفرائض وعند الانفراد) اي انفراده عن غيره في الوارثة (يحرز جميع المال) بجهة واحدة وفي التبيين هذا رسم وليس بحد لانه لا يفيد الا على تقدير ان يعرف الورثة كلهم ولكن لا يعرف من هو العصبة منهم فيكون تعريفا بالحكم والمقصود معرفة العصبة حتى يعطى ما ذكر ولا يتصور ذلك الا بعد معرفته (واقربهم) اي اقرب العصبات (جزء الميت وهو الابن وابنه وان) وصلية (سفل) لدخولهم في اسم الولد وغيرهم محجوبون بهم لقوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين الى ان قال سبحانه ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد» فجعل الاب صاحب فرض مع الولد ولم يجعل للولد الذكر سهما مقدرا فتعين الباقي له فدل ان الولد الذكر مقدم عليه بالعصوبة وابن الابن ابن لانه يقوم مقامه فيقدم عليه ايضا ومن حيث المعقول ان الانسان يؤثر ولده على والده ويختار صرف ماله ولاجله يدخر ماله عادة على ما قال عليه السلام «الولد مبخلة مجبنة» وقضية ذلك ان لا يتجاوز بكسبه محل اختياره الا انا صرفنا مقدار الفروض لاصحاب الفروض بالنص فبقي الباقي على قضية الدليل وكان ينبغي ان يقدم البنت ايضا عليه وعلى كل عصبة الا ان الشارع ابطل اختياره بتعيين الفرض لها وجعل الباقي لاولى رجل (ثم اصله وهو الاب والجد الصحيح) اي اب الاب (وان) وصلية (علا) واوليهم به الاب لان الله تعالى شرط لارث الاخوة الكلالة وهو الذي لا ولد له ولا والد على ما بيناه فعلم بذلك انهم لا يرثون مع الاب ضرورة وعليه اجماع الامة فاذا كان ذلك مع الاخوة وهم اقرب الناس اليه بعد فروعه واصوله فاظنك مع من هو ابعد منهم كالاعمام وغيرهم والجد

يقوم مقامه فى الولاية عند عدم الاب ويقدم على الاخوة فيه فكذا فى الميراث وهو قول ابى بكر الصديق رضى الله عنه وبه اخذ الامام (ثم جزء ابيه وهم الاخوة لابوين او) الاخوة (لاب ثم بنوهم وان) وصلية (سفلوا) وانما قدموا على الاعمام لان الله تعالى جعل الارث فى الكلالة للاخوة عند عدم الولد والوالد فعلم بذلك انهم يقدمون على الاعمام وانما قدم الاخ لاب وام لانه اقوى لاتصاله من الجانبين (ثم جزء جده وهم الاعمام لابوين او لاب ثم بنوهم وان) وصلية (سفلوا ثم جزء جد ابيه كذلك) اى اولاهم بالميراث بعد الاخوة اعمام الميت لانهم جزء الجد فكانوا اقرب ثم اعمام الاب لكونهم اقرب بعد ذلك لانهم جزء الجد ثم اعمام الجد لانهم اقرب بعدهم ويقدم العم لاب وام على العم لاب ثم العم لاب على ولد العم لاب وام (والعصبة بغيره من فرضه النصف والثلثان) وهم اربع من النساء (يصرن عصبة باخوتهن ويقسم للذكر مثل حظ الانثيين) فالبنات بالابن وبنات الابن بابن الابن لقوله تعالى * يوصيكم الله فى اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين * والاخوات لاب وام باخيهن والاخوات لاب باخيهن لقوله تعالى * وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين * (ومن لا فرض لها) من الاناث (واخوها عصبة لا تصير عصبة به) اى باخيها (كالعمة) لا تصير عصبة بالعم الذى هو اخوها فالمال كله للعم دون العمة وبنت العم لا تصير عصبة بابن العم فالمال كله لابن العم دون بنت العم (وبنت الاخ) لا تصير عصبة باخيها فالمال كله لابن الاخ لان النص الوارد فى صيرورة الاناث بالذكور عصبة انما هو فى موضعين البنات بالبنين والاخوات بالاخوة والاناث فى كل منهما ذوات فروض فمن لا فرض له من الاناث لا يتناوله النص (والعصبة مع غيره الاخوات لابوين او لاب مع البنات وبنات الابن) والاولى ان يقول او بدل الواو تدبر * لقوله عليه السلام * اجعلوا الاخوات مع البنات عصبة * وانما سمين عصبة مع غيره ومع اخوتهن عصبة بغيره لان ذلك الغير وهو البنات شرط بصيرورتهن عصبة ولم يجعلن عصبة بهن لان انفسهن ليست بعصبة فكيف يجعلن غيرهن عصبة بهن بخلاف ما اذا كن عصبة باخوتهن لان الاخوة بنفسهم عصبة فيصرن بهن عصبة تبعا (وذو الابوين من العصبات مقدم على ذى الاب) الواحد لان ذا القرابتين من العصبات اولى من ذى قرابة واحدة مع تساويهما فى الدرجة ذكرا كان ذو القرابتين او انثى لقوله عليه السلام * ان اعيان بنى الام يتوارثون دون بنى العلات * والمقصود من ذكر الام ههنا اظهار ما يرجح به بنو الاعيان على بنى العلات (حتى ان الاخت لابوين مع البنت) سواء كانت صلبية او بنت ابن وسواء كانت واحدة او اكثر (تحجب الاخ لاب) خلافا لابن عباس رضى الله عنهما فان الاخت لا تصير عصبة مع البنات عنده (وعصبة ولد الزنى وولد الملاعنة مولى امه) لانه لا اب له والنبى عليه السلام الحق ولد الملاعنة بامه فصار كشخص لا قرابة له من جهة الاب فيرثه قرابة امه ويرثهم فلو ترك اما وبنتا والملاعن فللبنت النصف وللام السدس والباقى يرد عليهما كأن لم يكن له اب وكذا لو كان معهما زوج او زوجة اخذ فرضه والباقى بينهما فرضا وردا ولو ترك امه واخاه لامه وابن الملاعن فلامه الثلث ولاخيه لامه السدس والباقى رد عليهما ولا شئ لابن الملاعن لانه لا اخ له من جهة الاب ولو مات ولد ابن الملاعنة ورثه قوم ابيه وهم الاخوة ولا يرثونه قوم جده وهم الاعمام

واولادهم وبهذا تعرف بقية مسائله وهكذا ولد الزنى الا انهما يفترقان في مسئلة واحدة وهو ان ولد الزنى يرث من توامه ميراث اخ لام وولد الملاعنة يرث التوأم ميراث اخ لاب وام كما في الاختيار (والاب مع البنت صاحب فرض وعصبة) كما مر ذكره (وآخر العصبات مولى العتاقة) لقوله عليه السلام «الولاء لحمة كلحمة النسب» ولانه احياه معنى بالاعتاق فاشبه الولادة (ثم عصبته) اى عصبة مولى العتاقة (على الترتيب المذكور) بان يكون جزء المولى اولى وان سفل ثم اصوله ثم جزء ابيه ثم جزء جده يقدمون بقوة القرابة عند الاستواء وبعلو الدرجة عند التفاوت (فمن ترك اب) الاولى بالالف لانه في موضع النصب (مولاه وابن مولاه فله كله لابن مولاه) لما مر ان الابن وابن الابن وان سفل مقدم على الاب وهذا عند الطرفين (وعند ابي يوسف للاب السدس والباقي للابن) هذا قوله الآخر وهو احدى الروايتين عن ابن مسعود وبه قال شريح والنخعي وقولهما هو اختيار سعيد بن المسيب ومذهب الشافعي والقول الاول لابي يوسف (ولو كان مكان الاب جد فكله للابن اتفاقا) وذلك لان الاب كالابن في العصوبة بحسب الظاهر لان اتصال كل منهما بالميت بلا واسطة وكون الابن اقرب يحتاج الى ما مر من ان زيادة قربه امر حكمي فوقع الخلاف هناك بخلاف الجد فان اتصاله بواسطة الاب فيكون الاب اقرب من الجد ويكون الابن اقرب منه بلا اشتباه فلا يزاحمه الجد في الولاء اما ابن الابن مع الجد فالاظهر ان يرث ابن الابن عند ابي يوسف ايضا لانه اشبه بالابن من الجد بالاب كما في الفتاوى (ولو ترك جد مولاه واخ مولاه فالجد اولى) ويكون الولاء كله للجد عند الامام لانه اقرب للميت في العصوبة من الاخ على مذهبه (وعندهما يستويان) فيكون الولاء بينهما نصفين (والعصبة انما يأخذ ما فضل عن ذوي الفروض) كما مر (فلو تركت زوجا واخوة لام واخوة لابوين واما فالنصف للزوج والسدس للاخوة للام والثلث للاخوة لام ولا يشاركهم الاخوة لابوين) لان المسئلة من ستة نصفه وهو الثلث للزوج وثلثه وهو اثنان للاخوة لام وسدسه وهو واحد للام وما فضل عن فرض ذوي الفروض شئ حتى يعطى للاخوة لابوين وهم عصبة وبه قال ابو بكر الصديق واخذ علماؤنا وقال عثمان ابن عفان تشترك الاولاد لاب وام مع الاولاد لام وبه اخذ مالك والشافعي وكان عمر يقول اولا مثل ما قال الصديق ثم رجع عنه الى قول عثمان وسبب رجوعه انه سئل عن هذه المسئلة فاجاب كما هو مذهبه فقام واحد من الاولاد لاب وام وقال يا امير المؤمنين ولئن سلم ان ابانا كان حمارا السنا من ام واحدة فاطرق رأسه مليا وقال صدق لانه بنو ام واحدة فشركهم في الثلث فلهذا سميت المسئلة حمارية ومشتركة وعثمانية ومن هذا قال (وتسمى المشتركة والحمارية)

فصل في الحجب

وهو في اللغة المنع وفي اصطلاح اهل هذا العلم منع شخص معين عن ميراثه اما كله ويسمى حجب الحرمان او بعضه ويسمى حجب النقصان بوجود شخص آخر فشرع في تفصيل كل منهما فقال (حجب الحرمان منتف في حق ستة) من الورثة (الابن والاب والبنت والام والزوج والزوجة) فان قلت قد يحجب هذا الفريق بالقتل والردة والرقية فلا يصح ان حجب الحرمان منتف في هذا الفريق قلت الكلام في الورثة وهم على ذلك التقدير ليسوا بورثة (ومن عداهم يحجب الابعد بالاقرب و) يحجب (ذو القرابة) الواحدة (بذي القرابتين

ومن يدلى بشخص لا يرث معه) اى مع وجود ذلك الشخص كابن الابن مثلا فانه لا يرث مع الابن
(الا اولاد الام حيث يدلون) اى ينتسبون الى الميت (بها) اى بالام (لكن (يرثون معها) اى
مع الام قال الفاضل الشريف وتحقيق هذا الاصل ان الشخص المدلى به ان استحق جميع التركة
لم يرث المدلى مع وجوده سواء اتحدا فى سبب الارث كما فى الاب والجد والابن وابنه اولم يتحدا
كما فى الاب والاخوة والاخوات فان المدلى به للاخر جميع المال لم يبق للمدلى شئ اصلا وان
لم يستحق المدلى به الجميع فان اتحدا فى السبب كان الامر كذلك فى الام وام الام لان المدلى به لما
اخذ نصيبه بذلك السبب لم يبق للمدلى من النصيب الذى يستحق بذلك السبب شئ وليس له
نصيب آخر فصار محروما وان لم يتحدا فى السبب كما فى الام واولادها فان المدلى به حينئذ يأخذ
نصيبه المستند الى سببه والمدلى يأخذ نصيبا آخر مستندا الى سبب آخر فلا حرمان فان قلت
اليست الام تستحق جميع التركة اذا انفردت عن غيرها من اصحاب الفرائض والعصبات قلنا
ليس ذلك الاستحقاق من جهة واحدة فانها تستحق بعض التركة بالفرض وبعضها بالرد والمراد
استحقاق جميعها من جهة واحدة كما فى العصبة (ويحجب الاخوة) مطلقا حجب الحرمان (بالابن
وابنه وان) وصلية (سفل وبالاب) لانهم كلالة وتوريث الكلالة مشروط بعدم الولد والوالد
كما مر (والجد) عند الامام (ويحجب اولاد العلات) وهى الاخوة والاخوات لاب (بالاخ
لابوين ايضا) لان ميراث الاخوة والاخوات لاب وام جار مجرى ميراث الاولاد الصلبية
وان ميراث الاخوة والاخوات لاب كميراث اولاد الابن ذكورهم كذكورهم واناثهم
كاناثهم فكما يحجب اولاد الابن بالابن كذلك يحجب الاخوة والاخوات لاب بالاخ لاب والام
(وعندهما لا يحجب الاخوة لابوين اولاب بالجد بل يقاسمونه وهو) اى الجد (كاخ ان
لم تنقصه المقاسمة عن الثلث عند عدم ذى الفرض) قال الفاضل الشريف ان الجد يشبه الاب
فى حجب اولاد الام وفى انه اذا زوج الصغير او الصغيرة لم يكن لهما خيار اذا بلغا وفى انه لا ولاية
للاخ فى النكاح مع قيام الجد فى ظاهر الرواية كالاب وفى انه لا يقتل الجد بولد الولد وفى ان
حليلة كل واحد من الجانبين تحرم على الآخر وفى عدم قبول الشهادة وفى صحة استيلاد الجد
مع عدم الاب وفى انه لا يجوز دفع الزكوة اليه وفى انه يتصرف فى المال والنفس كالاب ويشبه
الاخ فى انه اذا كان للصغير جد وام كانت النفقة عليهما ثلاثا على اعتبار الميراث كما على الاخ والام
وفى انه لا يفرض النفقة على الجد المعسر كالاخ وفى عدم وجوب صدقة الفطر للصغير على الجد
وفى ان الصغير لا يصير مسلما باسلام الجد وفى انه اذا اقر بنافلة وابنه حى لا يثبت النسب بمجرد
اقراره وفى انه لا يجر ولاء نافلة الى مواليه كل ذلك كما فى الاخ فلتعارض هذه الاحكام اختلف
العلماء من الصحابة والتابعين وغيرهم فى مسئلة الجد مع الاخوة فجعل كالاب فى حجب الاخوة لام
وكالاخ فى قسمة الميراث مادامت المقاسمة خيرا له فاذا لم تكن خيرا له اعطيناه ثلث المال لانه مع
الاولاد يرث السدس ومع الاخوة يضاعف ذلك وايضا اذا قسم المال بين الابوين فللام الثلث
وللاب الثلثان وهما فى الدرجة الاولى ولما كان الجد والجدة فى الدرجة الثانية وكان للجدة
السدس كان للجد ضعفه اعنى الثلث فاذا كان مع الجد اخ واحد اخذ بالمقاسمة نصف المال فهو

خيرله من الثلث واذا كان معه اخوان فهما اى المقاسمة والثلث متساويا واذا كان معه ثلاثة اخوة فالثلث خيرله لان نصيبه بالمقاسمة حينئذ ربع هذا اذالم يكن معه صاحب فرض (و) ان لم تنقصه المقاسمة (عن السدس عندوجوده) اى وجود ذى الفرض يعنى اذا كانت معه اختان لاب وام يجعل الجدكاخ ويكون المال بينه وبين الاختين للذكر مثل حظ الانثيين وكذا اذا كانت معه ثلاث اخوات وان كانت معه اربع اخوات فالمقاسمة والثلث سواء لانه اذا جعل كاخ يكون كاختين ويكون عدد الاخوات ستة ويكون الاثنان من الستة له والاثنان ثلث الستة ويكون المقاسمة والثلث مستويين وان كانت معه خمس اخوات يكون الثلث خيراله لانه ان جعل كاخ يكون بمنزلة اختين فيكون عدد الاخوات سبعا فيكون حصته ناقصة عن السدس فيكون الثلث خيراله وباقى احكام المقاسمة مذكور فى الفرائض وشروحها فليراجع (والفتوى على قول الامام) وسقوط الاخوة والاخوات بالجد لكن المختار فى زماننا ان يفتى بعد اخذ الجد السدس بالمصالحة فى الباقى بين الاخوة والاخوات وبينه (واذا استكمل بنات الصلب الثلثين سقط بنات الابن) لان ارثهن كانت تكملة للثلثين وقد كمل بنتين فيسقطن اذلا طريق لتوريثهن فرضا وتعصيبا (الا ان يكون بحذ ثهن او اسفل منهن ابن ابن فيعصب من بحذائه ومن فوقه) لكن (من ليست بذات سهم) فانه لا يعصب ذات السهم كالبنات الصلبية مثلا (وتسقط من دونه) واذا كانت يعصب ابن الابن من بحذائه ومن هو فوقه يكون الباقى بينهم للذكر مثل حظ الانثيين سواء كان اخا لهن اولم يكن وهذا مذهب على وزيد بن ثابت رضى الله عنهما وبه اخذ عامة العلماء وروى عن ابن مسعود رضى الله عنه انه قال يسقطن بنات الابن ببنتى الصلب وان كان معهن غلام ولا يقاسمنه وان كانت البنت الصلبية واحدة وكان معهن غلام كان لبنات الابن اسوء الحالين من السدس والمقاسمة وايهما اقل اعطين ثم الاصل فى بنات الابن عند عدم بنات الصلب ان اقربهن الى الميت ينزل منزلة البنت الصلبية والتى يليها فى القرب منزلة بنات الابن وهكذا وان سفلن مثاله لو ترك ثلاث بنات ابن بعضهن اسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن آخر بعضهن اسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن ابن آخر بعضهن اسفل من بعض فالعليا من الفريق الاول لا يوازيها احد فيكون لها النصف والوسطى من الفريق الاول توازيها العليا من الفريق الثانى فيكون لهما السدس تكملة للثلثين ولا شئ للسفليات الا ان يكون مع واحدة منهن غلام فيعصبها ومن بحذائها ومن فوقها من لم يكن صاحبة فرض حتى لو كان الغلام مع السفلى من الفريق الاول عصبها وعصب الوسطى من الفريق الثانى والعليا من الفريق الثالث فسقطت السفليات ولو كان الغلام مع السفلى من الفريق الثانى عصبها وعصب الوسطى منه والوسطى والعليا من الفريق الثالث والسفلى من الفريق الاول ولو كان مع السفلى من الفريق الثالث عصب الجمع غير اصحاب الفرائض (واذا استكمل الاخوات لابوين الثلثين سقط الاخوات لاب) لان ارثهن كانت تكملة للثلثين وقد كمل اختين فيسقطن (الا ان يكون معهن اخ لاب) فيعصبهن كما فى بنات الابن (والجدات كلهن يسقطن بالام) سواء كانت ابويات اوامیات (والابويات خاصة) اى دون الاميات (بالاب ايضا) اى كما يسقطن بالام وهو قول عثمان وزيد

ابن ثابت وعلي وغيرهم ونقل عن عمر وابن مسعود وابي موسى الاشعري رضي الله عنهم ان ام الاب ترث مع الاب واختاره شريح والحسن وابن سيرين لان ارث الجدات ليس باعتبار الادلاء لان الادلاء بالانثى لا يوجب استحقاق شيء من فرضيتها بل استحقاقهن الارث باسم الجدة ويتأدى في هذا الاسم ام الام وام الاب وكما ان الاب لا يحجب الاولى لا يحجب الثانية ايضا وهو مردود بان مجرد الاسم بدون القرابة لا يوجب الاستحقاق والقرابة لا تثبت بدون اعتبار الادلاء فوجب الادلاء الا يرى ان الجدة الفاسدة لا ترث مع كونها جدة لعدم الادلاء (وكذا) تسقط الابويات (بالجد الا ام الاب) وان علت كام ام الاب وهكذا فانها ترث مع الجد لانها ليست من قبله (و) الجدة (القربى منهن) اي من الجدات (من اي جهة كانت) اي سواء كانت من قبل الام او من قبل الاب (يحجب) الجدة (البعدى من اي جهة كانت) البعدى فيثبت الحجب ههنا في اقسام اربعة وهذا مذهب علمائنا واحدى الروايتين عن زيد بن ثابت وفي رواية اخرى عنه ان القربى ان كانت من قبل الاب والبعدى من قبل الام فهما سواء فيكون حينئذ حجب القربى في اقسام ثلاثة فقط من تلك الاربعة وقد عمل بهذه الرواية مالك والشافعي في الاصح من احد قوليه ودليل الطرفين بين في شروح الفرائض فليطالع (وارثة كانت القربى) كام الاب عند عدمه مع ام ام الام وكام الام عند عدمها مع ام ام الاب (او محجوبة كام الاب معه) اي مع وجود الاب (فانها تحجب ام ام الام) اعني ان خلف الميت الاب وام الاب وام ام الام يكون المال كله للاب عندنا لان البعدى محجوبة بالقربى والقربى محجوبة بالاب (واذا اجتمع جدتان احديهما ذات قرابة) واحدة (كام ام الاب و) الجدة (الاخرى ذات قرابتين كام اب الاب وهي ايضا ام ام الام فثلث السدس لذات القرابة) الواحدة (وثلثاه للاخرى) اي التي هي ذات قرابتين (عند محمد وبنصف عند ابي يوسف) باعتبار الابدان وهو قول زفر وتوضيحها ان امرأة زوجت ابن ابنها بنت بنتها فولد بينهما ولد وهذه المرأة جدة لهذا الولد الذي مات من قبل ابيه لانها ام اب ابيه ومن قبل امه لانها ام ام امه فهي جدة ذات قرابتين ثم نقول هناك امرأة اخرى قد كانت تزوج بنتها ابن المرأة الاولى فولد من بنت الاخرى ابن ابن الاولى الذي هو ابو الميت فهذه الاخرى ام ام اب الميت فهي ذات قرابة واحدة وهاتان المرأتان جدتان في مرتبة واحدة فاذا اجتمعتا فقد وجدت ذات قرابتين مع ذات قرابة واحدة ودليل الطرفين بين في شروح الفرائض (والمحروم بالقتل ونحوه) كالردة والكفر (لا يحجب) غيره اصلا لا حجب حرمان ولا حجب نقصان وهو قول عامة الصحابة (والمحجوب) حجب الحرمان (يحجب) غيره (كما مر في الجدة وكالاخوة والاخوات يحجبهم الاب ويحجبون الام من الثلث الى السدس) اما عند ابن مسعود فلان المحروم عنده حاجب مع انه ليس بوارث اصلا فكذا المحجوب بل هو اولى لانه اقرب وارث من وجه دون وجه واما عندنا فلان المحروم انما جعلناه بمنزلة المعدوم لانه ليس باهل للميراث من كل وجه بخلاف المحجوب فانه اهل له من وجه دون وجه آخر فيجعل كالميت في حق استحقاق الارث حتى لا يرث شيأ ويجعل حيا في حق الحجب فهو وارث في حق محجوبه او لا حاجبه يحجبه

فصل

في العول * هو في اللغة يستعمل بمعنى الميل لقوله تعالى «ذلك ادنى ان لا تعولوا» او بمعنى كثرة العيال او بمعنى الارتفاع ومن هذا المعنى الاخير اخذ المعنى المصطلح عليه وهو ان يزاد على المخرج من اجزائه اذ اضاق عن فرض وعن هذا قال (واذا زادت سهام) صاحب (الفريضة على الفريضة فقد عالت) الفريضة واعلم ان مجموع المخارج سبعة لكن في الحقيقة تسعة ستة لكل فرض من الفروض الستة حال الانفراد وثلاثة حال الاختلاط الا ان مخرج الثلث والثلثين واحد ومخرج السدس واختلاط النصف ايضا واحد فسقط اثنان وبقي سبعة (واربعة) منها (مخرج لا تعول) اصلا لان الفروض المتعلقة بهذه المخارج اربعة اما ان بقي المال بها او يبقى منه شيء زائد عليها (الاثنان والثلاثة والاربعة والثمانية) اما الاثنان فلان الخارج منه اما نصفان كزوج واخت لابوين او لاب او نصف وما بقي كزوج او اخت او بنت وعصبة فلا يتصور في مسئلة قط اجتماع واما الثلاثة فلان الخارج منها اما ثلث وثلثان كاختين لام واختين لابوين او لاب واما ثلث وما بقي كام او اختين لام وعصبة واما ثلثان وما بقي كبنتين او اختين وعصبة ولا يتصور في مسئلة قط اجتماع ثلثين وثلثين او ثلث وثلث و ثلثين واما الاربعة فلان الخارج منها اما ربع ونصف وما بقي كزوج وبنت او زوجة واخت وعصبة او ربع وما بقي كزوجة وعصبة او ربع وثلث ما بقي وما بقي كزوجة وابوين ولا يتصور في مسئلة فقط اجتماع ربعين ونصف واما الثمانية فلان الخارج منها اما ثمن وما بقي كزوجة وابن او ثمن ونصف وما بقي كزوجة وبنت واخ لاب وام (وثلاثة) منها (تعول الستة الى عشرة وترا) اي من حيث الوتر واراد به السبعة والتسعة (وشفعا) اي من حيث الشفع واراد به الثمانية والعشرة مثال عولها الى سبعة زوج واختان لابوين او لاب او زوج وجدة واخت لاب ومثال عولها الى ثمانية زوج واخت من اب واختان وام او زوج وثلاث اخوات متفرقات او زوج وام واخت من اب او زوج واختان من ابوين واخت من ام او زوج وام واختان من اب ومثال عولها الى تسعة زوج وثلاث اخوات متفرقات وام او زوج واختان من اب واختان من ام او زوج واختان من الابوين وام واخت من ام ومثال عولها الى عشرة زوج واختان من اب واختان من ام والام (والاثنا عشر يعول الى سبعة عشر وترا لا شفعا) واراد به ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر ومثال عولها الى ثلاثة عشر زوج وبنتان وام او زوجة واختان لابوين واخت لام او زوج وبنتا ابن وام او جدة ومثال عولها الى خمسة عشر زوج وبنتان وابوان او زوجة واختان لاب واختان لام ومثال عولها الى سبعة عشر اربع اخوات لام وثماني اخوات لاب وجدتان وثلاث زوجات (واربعة وعشرون) تعول (الى سبعة وعشرين عولا واحدا في) المسئلة (المنبرية) وعند ابن مسعود تعول الى احد وثلاثين (وهي مرأة وبنتان وابوان) وجه تسميتها بالمنبرية مذكور في شروح الفرائض (والرد ضد العول) اذ بالعول ينقص سهام ذوي الفروض ويزداد اصل المسئلة وبالرد يزداد السهام وينقص اصل المسئلة وذلك (بان لا تستغرق السهام الفريضة مع عدم) المستحق من (العصبة فيرد الباقي على ذوي السهام) الفريضة (سوى الزوجين بقدر سهامهم) وهو قول عامة الصحابة اي جمهورهم وبه اخذ اصحابنا وقال زيد بن ثابت لا يرد الفاضل على ذوي

هو لبيت المال وبه اخذ مالك والشافعي وقال عثمان بن عفان رضي الله عنه يرد على الزوجين ايضا وعن ابن عباس رضي الله عنهما لا يرد على ثلاثة الزوجين والجد (فان كان من يرد عليه جنسا واحدا فالمسئلة من عدد رؤسهم) كبنتين واختين فانهما لما استويا في الاستحقاق صارا كابنين او اخوين فيجعل المال بينهما نصفين واعطى لكل واحد منهما نصف التركة وكذا الجدتان والمراد بالاختين ان يكونا من جنس واحد بان يكون كلاهما لاب او لام او لابوين (وان كانوا) اي من يرد عليه (جنسين او اكثر) من جنسين (فمن عدد سهامهم) اي تجعل المسئلة من عدد سهامهم اي من مجموع سهام هؤلاء المجتمعين المأخوذ من مخرج المسئلة (فمن اثنين) اي تجعل المسئلة من اثنين (لو كان في المسئلة سدسان) كجدة واخت لام لان المسئلة حينئذ من ستة ولهما منها اثنان بالفريضة فاجعل الاثنين اصل المسئلة واقسم التركة عليهما نصفين (و) تجعل (من ثلاثة لو كان فيها (سدس وثلث) كولدي الام مع الام او اخوين لام وجدة او ام واخ لام (و) تجعل (من اربعة او) كان فيها (سدس ونصف) كبنت وبنات ابن او اخت لابوين واخوات لاب او اخت لاب واخ لام او جدة مع واحد ممن يستحق النصف من الاناث (و) تجعل (من خمسة لو) كان فيها (ثلث ونصف) كاخت لاب وام او اختين لام وكاخت لاب وام وام (او سدسان ونصف) كبنت وبنت ابن وام (او ثلثان وسدس) كبنتين وام فالمسئلة في هذه الصور الثلاث ايضا من ستة والسهام التي اخذت منها خمسة ففي الصورة الاولى للاخت من الابوين ثلاثة اسهم وللاختين لام سهمان وقس عليها سائرها (فان كان مع الاول) الظاهر بالواو اي مع الجنس الواحد ممن يرد عليه (من لا يرد عليه) كالزوج او الزوجة (اعطى فرضه) اي فرض من لا يرد عليه (من اقل مخارجه ثم قسم الباقي) من ذلك المخرج (على) عدد (رؤسهم) اي رؤس من يرد عليه اعني ذلك الجنس الواحد كما كنت تقسم جميع المال على عدد رؤسهم اذا انفردوا عمن لا يرد عليه (فان استقام) الباقي عليهم فيها ونعمت هي اذ لا حاجة الى ضرب (كزوج وثلاث بنات) للزوج الربع فاعطه من اقل مخرجه الربع وهو اربعة فاذا اخذ ربعه وهو سهم بقي ثلاثة اسهم فاستقام على رؤس البنات (والا) اي وان لم يستقم الباقي على عدد رؤس من يرد عليهم (فان وافق) رؤسهم ذلك الباقي فما حصل تصح منه المسئلة (ضرب وفق رؤسهم) اي رؤس من يرد عليهم (وفي مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج وست بنات) فان اقل مخرج فرض من لا يرد عليه اربعة فاذا اعطيت الزوج واحدا منها بقي ثلاثة فلا ينقسم على عدد رؤس البنات الست لكن بينهما موافقة بالثلث فيضرب وفق عدد رؤسهن وهو اثنان في الاربعة تبلغ ثمانية فللزوج منها اثنان وللبنات ستة (وان باين) رؤسهم ذلك الباقي (ضرب كل رؤسهم) اي رؤس من يرد عليهم (فيه) اي في مخرج فرض من لا يرد عليه (كزوج وخمس بنات) اصلها من اثني عشر لاجتماع الربع والثلثين لكنها يرد مثلها الى الاربعة التي هي اقل مخارج فرض من لا يرد عليه فاذا اعطينا الزوج ههنا واحدا منها بقي ثلاثة فلا يستقيم على البنات الخمس بل بينها وبين عدد الرؤس مباينة فضربنا كل عدد رؤسهن في مخرج فرض من لا يرد عليه اي الاربعة فحصل عشرون ومنها تصح المسئلة كان للزوج واحد ضربناه في المضروب الذي هو خمسة فكان

خمسة فاعطيناها اياها وكان للبنات ثلاثة ثلاثة ضربناها فى الخمس حصل خمسة عشر فلكل واحد منهن ثلاثة (وان كان مع الثانى) اى مع اجتماع جنسين ممن يرد عليه (من لا يرد عليه قسم الباقى) من مخرج فرض من لا يرد عليه (على مسئلة من يرد عليه * فان استقام) فبها (كزوجة واربع جدات وست اخوات لام) فان اقل مخرج فرض من لا يرد عليه اربعة فاذا اخذت المرأة احدا منها بقى ثلاثة وهى ههنا مستقيمة على مسئلة من يرد عليه لانها ايضا ثلاثة لان حق الاخوات لام الثلث وحق الجدات السدس فللاخوات سهمان وللجدات سهم واحد فى هذه الصورة استقام الباقى على مسئلة من يرد عليه وتمامه فى شروح الفرائض فليطالع (والا) اى وان لم يستقم ما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسئلة من يرد عليه (ضرب جميع مسئلتهم) اى مسئلة من يرد عليه (فى مخرج فرض من لا يرد عليه) فالمبلغ الحاصل من هذا الضرب مخرج فرض الفريقين (كاربع زوجات وتسع بنات وست جدات) فان اقل مخرج فرض من لا يرد عليه وهو الثمانية فاذا دفعنا ثمنها الى الزوجات بقى سبعة فلا يستقيم على الخمسة التى هى مسئلة من يرد عليه ههنا لان الفرضين ثلثان وسدس بل بينهما مباينة فيضرب جميع مسئلة من يرد عليه اعنى الخمسة فى مخرج فرض من لا يرد عليه وهو الثمانية فيبلغ اربعين فهذا المبلغ مخرج فروض الفريقين فاذا اردت ان تعرف حصة كل فريق منهما من هذا المبلغ الذى هو مخرج فروضهما فطريقه ما اشار اليه بقوله (ثم يضرب سهام من لا يرد عليه) من اقل مخرج فرضه (فى مسئلة من يرد عليه) فيكون الحاصل نصيب من لا يرد عليه من المبلغ المذكور (و) يضرب (سهام من يرد عليه) من مسئلتهم (فيما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه) فيكون الحاصل نصيب ذلك الفريق ممن يرد عليه وذلك لان حق كل فريق ممن يرد عليه انما هو فى الباقى من مخرج فرض من لا يرد عليه بقدر سهامهم فى المسئلة المذكورة للزوجات من ذلك المخرج واحد فاذا ضربنا فى الخمسة التى هى مسئلة من يرد عليه كان الحاصل خمسة فهى حق الزوجات من اربعين وللبنات اربعة فاذا ضربناها فيما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه وهو سبعة بلغ ثمانية وعشرين فهى لهن من الاربعين وللجدات واحد فاذا ضربناه فى السبعة كان سبعة فهى للجدات فقد استقام بهذا العمل فرض من لا يرد عليه وفرض كل فريق ممن يرد عليه وان انكسر السهام المأخوذة من مخرج فروض الفريقين على البعض او الجميع (وتصحح) المسئلة (بالاصول الآتية)

فصل

فى ذوى الارحام (ذو الرحم) هو فى اللغة بمعنى القرابة مطلقا وفى الشريعة (قريب ليس بعصبة ولا ذى سهم) مقدر فى كتاب الله او سنة رسوله عليه السلام او اجماع الامة (ويرث) ذو الرحم (كارث العصبة عند عدم ذى السهم) وعدم العصبة الا اذا كان ذو السهم احد الزوجين فيرث معه بعد اخذ فرضه لعدم الرد عليه وانما قيدنا بعدم العصبة لانه لا يكفى بعدم ذى السهم فعلى هذا لو قيده لكان اصوب (فمن انفرد منهم) ليس بصلة انفرد بل بيان لمن (احرز جميع المال) كان عامة الصحابة اى اكثرهم يرون توريث ذوى الارحام وهو مذهبنا وقال زيد بن ثابت لا ميراث لهم ويوضع المال فى بيت المال وبه قال مالك والشافعى لنا قوله تعالى * واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض * اى اولى بميراث بعض بالنقل وقال عليه السلام * الخال وارث من

لاوارث له* وروى ان ثابت بن دحداح مات فقال رسول الله عليه السلام لعاصم بن عدى *هل تعرفون له فيكم نسباً *فقال* انه كان فينا غريباً فلا نعرف له الا ابن اخت هو ابو لبابة ابن عبد المنذر* فجعل رسول الله ميراثه له ولان اصل القرابة سبب لاستحقاق الارث على ما بيناه الا ان هذه القرابة ابعد من سائر القرابات فتأخرت عنها والمال متى كان له مستحق لا يجوز صرفه الى بيت المال وكثير من اصحاب الشافعى منهم ابن شريح خالفوه وذهبوا الى توريث ذوى الارحام وهو اختيار فقهائهم للفتوى فى زماننا لفساد بيت المال وصرفه فى غير المصارف كما فى التبيين (ويرجحون بقرب الدرجة ثم بقوة القرابة) لان ارثهم بطريق العصوبة فيقدم الاقرب على الابعد ومن له قوة القرابة على غيره فى كل صنف منهم كما فى العصبات (ثم بكون الاصل وارثا عند اتحاد الجهة) اذا استووا فى الدرجة فمن يدلى بوارث اولى من كل صنف كبنت بنت الابن اولى من ابن بنت البنت وابن بنت الابن اولى من ابن بنت البنت لان الوارث اقوى قرابة من غير الوارث بدليل تقدمه عليه فى استحقاق الارث والمدلى بجهتين اولى كبنى الاعيان مع بنى العلات (وان اختلفت) جهة القرابة (فلقرابة الاب الثلثان ولقرابة الام الثلث) لان قرابة الاب اقوى فيكون لهم الثلثان والثلث لقرابة الام مثاله ابوام الاب وابو اب الام وهذا لا يتصور فى الفروع وانما يتصور فى الاصول والعمات والاخوال (ثم يعتبر الترجيح فى كل فريق كما لو انفرد) يعنى اذا كان لابى الميت جدان من جهتين وكذلك لامه فلقوم الاب الثلثان ولقوم الام الثلث ثم ما اصاب قوم الاب ثلثاه لقرابته من جهة ابيه وثلثه لقرابته من جهة امه وكذلك ما اصاب قوم الام كما لو انفرد ايضا مثاله ابوام ابى الاب وابو ابى ام الاب وابوام ابى الام وابو ابى ام الام (وعند الاستواء فى القرب والقوة والجهة للذكر مثل حظ الانثيين) لان الاصل فى المواريث تفضيل الذكر على الانثى وانما ترك هذا الاصل فى الاخوة والاخوات لام للنص على خلاف القياس (وتعتبر ابدان الفروع) المتساوية الدرجات (ان اتفقت) صفة (الاصول) فى الذكورة والانوثة كابن البنت وبنت البنت لادلاء كلهم بوارث (وكذا ان اختلفت) صفة الاصول (عند ابى يوسف) وحسن بن زياد كبنت ابن البنت وابن بنت البنت لخلوهم من ولد الوارث فان كانت الفروع ذكورا فقط او اناثا فقط تساووا فى القسمة وان كانوا مختلفين فللذكر مثل حظ الانثيين ولا يعتبر فى القسمة صفات اصولهم اصلا وهو رواية شاذة من الامام (وعند محمد يؤخذ الصفة من الاصول والعدد من الفروع ويقسم) المال (على اول بطن وقع فيه الاختلاف) اى اختلاف الاصول بالذكورة والانوثة للذكر مثل حظ الانثيين (ثم يجعل الذكور) من ذلك البطن (على حدة و) يجعل (الاناث على حدة) بعد القسمة على الذكور والاناث (فيقسم نصيب كل طائفة على اول بطن اختلف كذلك ان كان) فيما بينهما اختلاف (والا) اى وان لم يكن بينهما اختلاف فى الذكورة والانوثة بان يكون جميع ما توسط بينهما ذكورا فقط او اناثا فقط (دفع حصة كل اصل الى فرعه) وفى السراجية وشرحه وعند محمد تعتبر ابدان الفروع ان اتفقت صفة الاصول موافقا لهما وتعتبر الاصول ان اختلفت صفاتهم ويعطى الفروع ميراث الاصول مخالفا لهما كما اذا ترك ابن بنت وبنت بنت عندهما المال بينهما

للذكر مثل حظ الانثيين باعتبار الابدان اى ابدان الفروع وصفاتهم فثلث المال لابن البنت وثلثه لبنت البنت وعند محمد يكون المال بينهما كذلك لان صفة الاصول متفقة ولو ترك بنت ابن بنت وابن بنت بنت عندهما المال بين الفروع ثلاثا باعتبار الابدان ثلثاه للذكر وثلثه للانثى وعند محمد المال بين الاصول اعنى فى البطن الثانى ثلاثا ثلثاه لبنت ابن البنت نصيب ابيها وثلثه لابن بنت البنت نصيب امه وكذلك عند محمد اذا كان فى اولاد البنات بطون مختلفة يقسم المال على اول بطن اختلف فى الاصول ثم تجعل الذكور طائفة والاناث طائفة بعد القسمة فما اصاب المال للذكور من اول بطن وقع فيه الاختلاف يجمع ويعطى فروعهم بحسب صفاتهم ان لم يكن فيما بينهم وبين فروعهم من الاصول اختلاف فى الذكورة والانوثة بان يكون جميع ماتوسط بينهما ذكورا فقط او اناثا فقط وان كان فيما بينهما من الاصول اختلاف يجمع ما اصاب الذكور ويقسم على اعلى الخلاف الذى وقع فى اولادهم ويجعل الذكور ههنا ايضا طائفة والاناث طائفة على قياس ماسبق وكذلك ما اصاب الاناث يعطى فروعهن ان لم تختلف الاصول التى بينهما وان اختلف يجمع ما اصاب لهن ويقسم على الخلاف الذى وقع فى اولادهن وهكذا يعمل الى ان ينتهى وتمامه فيهما ان شئت فليراجع (وبقول محمد) وهو اشهر الروايتين عن الامام والقول الاول لابى يوسف (يفتى) وذكر بعضهم ان مشايخ بخارى اخذوا بقول ابى يوسف فى مسائل ذوى الارحام والحيض لانه ايسر على المفتى (ويقدم جزء الميت) اى وترتيبهم كترتيب العصبات فيقدم فروعه (وهم اولاد البنات واولاد بنات الابن وان سفل ثم) يقدم (اصله) اى اصل الميت (وهم الاجداد الفاسدون) وان علوا كابى ام الميت وابى ابى امه (والجدات الفاسدات) وان علون كام ابى ام الميت وام ام ابى امه (ثم) يقدم (جزء ابيه وهم اولاد الاخوات) وان سفلوا سواء كانت تلك الاولاد ذكورا او اناثا وسواء كانت الاخوات لاب وام او لاب او لام (وبنو الاخوة لام وبنات الاخوة) وان سفلن سواء كانت الاخوة من الابوين او من احدهما (ثم) يقدم (جزء جده وهم العمات والخالات والاخوال والاعمام لام) فانهم اخوة لابيه من امه واعتبر فيهم كونهم لام لان العم من الابوين او من الاب عصبة (وبنات الاعمام) مطلقا (ثم اولاد هؤلاء ثم جزء جد ابيه او امه وهم عمات الاب او الام وخالاتهما واخوالهما واعمام الاب لام واعمام الام وبنات اعمامهما واولاد اعمام الام) فان جميعها من ذوى الارحام وروى عن الامام ان اقرب الاصناف الى الميت واقدمهم فى الوراثة عنه هو الصنف الثانى وهم الساقطون من الاجداد والجدات وان علوا ثم الصنف الاول وان سفلوا ثم الثالث وان نزلوا ثم الرابع وان بعدوا وروى ابو يوسف والحسن بن زياد عنه وابن سماعة عن محمد عنه ان اقرب الاصناف الاول ثم الثانى ثم الثالث ثم الرابع وهو المأخوذ للفتوى وعندهما الثالث وهم اولاد الاخوات وبنات الاخوة وبنو الاخوة لام مقدم على الجد ابى الام وتمامه بين فى شروح الفرائض فليطالع

فصل

(الغرقى) جمع الغريق (والهدمى) اى الطائفة التى هدم عليهم جدار اوغيره وكذلك الحرقى (اذا لم يعلم ايهم مات اولا) كما اذا غرقوا فى السفينة معا او وقعوا فى النار دفعة او سقط عليهم جدار او سقف بيت عياذا به تعالى او قتلوا فى المعركة ولم يعلم التقدم

والتأخر في موتهم جعلوا كأنهم ماتوا معا (يقسم مال كل على ورثته الاحياء ولا يرث بعض) هؤلاء (الاموات من بعض) هذا هو المختار عندنا لانه قول ابي بكر وعمر رضي الله عنهما وعلى الرواية المشهورة واحدى الروايتين عن ابن مسعود رضي الله عنه ووجهه ان الارث يبتني على التيقن بسبب الاستحقاق وشرطه وهو حياة الوارث بعد الموت فلما لم يتيقن بوجود الشرط لم يثبت الارث بالشك وفي احدى الروايتين عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ ابن ابي ليلى يرث بعضهم من بعض الا مما ورث كل واحد منهم من مال صاحبه فانه لا يرث منه صورته رجل وابنه انهدم الحائط عليهما او لم يدر ايهما مات اولا ولكل منهما امرأة وابن وترك كل منهما ستة عشر دينارا فعلى قول الجمهور تركته بين زوجته وابنه الحي وكذا تركة الابن ان لم يكن زوجة ابنه امه وان كانت فيزاد لها الثلث وعلى قول الاخير لزوجة من تركة الاب الثمن والباقي بين ابنه الحي والميت بالسوية فيصيب الميت سبعة دنانير واما تركة الابن فلزوجته منها الثمن ولابيه السدس ولزوجة ابيه وان كانت امه ايضا السدس والباقي للابن في الحالين فما اصاب اباه من تركته وهو ديناران وثلثا دينار يقسم بين ورثة ابيه سوى الابن الميت وما اصابه من تركة ابيه وهو سبعة دنانير يقسم بين ورثته سوى الاب الميت (وان اجتمع ابنا عم احدهما اخ لام اعطى السدس له فرضا ثم اقتسما) اي ابنا العم (الباقي عصوبة) كاملا (ولا يرث المجوسي بالانكحة الباطلة) اي اذا تزوج المجوسي امه او غيرها من المحارم لا يرث منها بالنكاح (وان اجتمع فيه) اي في المجوسي (قرابتان او انفردا) والظاهر لو انفردتا (في شخصين وورثا) اي الشخصان (بهما) اي بالقرابتين (ويرث) ذلك المجوسي الذي اجتمع فيه قرابتان (بهما) اي بالقرابتين (وان كانت احديهما) اي احدى القرابتين (تحجب الاخرى يرث بالحاجبة) يعني لو اجتمعت في المجوسي قرابتان لو تفرقتا في شخصين حجبت احديهما الاخرى يرث بالحاجبة وان لم تحجب يرث بالقرابتين (ويوقف للحمل نصيب ابن واحد وهو المختار) وعليه الفتوى وذلك لان من المعتاد الغالب ان لا تلد المرأة في بطن واحد الا ولدا واحدا فيبنى عليه الحكم ما لم يعلم خلافه (وعند ابي يوسف نصيب ابنين) وفي السراجية وعند محمد يوقف نصيب ثلاثة بنين رواه ليث ابن سعد لكن هذه رواية ليست موجودة في شروح الاصل ولا في عامة الروايات وفي رواية اخرى عنه نصيب ابنين وهو قول الحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف رواه عنه هشام وروى الخصاف عن ابي يوسف نصيب ابن واحد كما في المتن فعلى هذا لو قال وعن ابي يوسف لكان اولى وعند الامام نصيب اربعة بنين (فان خرج اكثره) اي اكثر الحمل (حيا ومات ورث) لان الاكثر له حكم الكل فكأنه خرج كله حيا (وان) خرج (اقله) وظهر منه شيء من هذه العلامات ثم مات (فلا) يرث لانه لما خرج اكثره ميتا فكأنه خرج كله ميتا وان خرج مستقيما وهو ان يخرج رأسه اولا فالمعتبر صدره يعني اذا خرج صدره كله وان خرج منكوسا وهو ان يخرج رجله اولا فالمعتبر سرته وان لم تخرج السرة لم يرث

﴿ فصل ﴾

في المناسخة (المناسخة) هي مفاعلة من النسخ بمعنى النقل والتحويل والمراد ههنا ان ينقل نصيب بعض الورثة بموته قبل القسمة الى من يرث منه وعن هذا قال (ان يموت بعض الورثة قبل القسمة

فان كان ورثة الميت الثانى من عداد ورثة الميت الاول ولم يقع فى القسمة تغير فانه يقسم المال حينئذ قسمة واحدة اذلا فائدة فى تكرارها كما اذا ترك بنين وبنات من امرأة واحدة ثم مات احدى البنات ولا وارث لها سوى تلك الاخوة والاخوات لاب وام فانه يقسم مجموع التركة بين الباقين للذكر مثل حظ الانثيين قسمة واحدة كما كانت تقسم بين الجميع كذلك فكان الميت الثانى لم يكن فى البين وان وقع تغير فى القسمة بين الباقين كما اذا ترك ابنا من امرأة وثلاث بنات من امرأة اخرى ثم ماتت احدى البنات وخلفت هؤلاء اعنى الاخ لاب والاختين من الابوين او كان ورثة الميت الثانى غير ورثة الميت الاول كزوج وبنت وام فمات الزوج قبل القسمة عن امرأة وابوين ثم ماتت البنت قبلها ايضا عن ابنين وبنت وجدة هى ام الامرأة التى ماتت اولا ثم ماتت هذه الجدة عن زوج واخوين (فصحح المسئلة الاولى) ويعطى سهام كل وارث من هذا التصحيح (ثم) صحح المسئلة (الثانية) وتنظر بين ما فى يده من التصحيح الاول وبين التصحيح الثانى فى ثلاثة احوال هى المماثلة والموافقة والمباينة (فان استقام) بسبب المماثلة (نصيب الميت الثانى) من فريضة الميت الاول (على مسئلته) فيها ونعمت لان التصحيح الاول ههنا بمنزلة اصل المسئلة هناك والتصحيح الثانى ههنا بمنزلة رؤس المقسوم عليه ثمة ما فى يد الميت الثانى بمنزلة سهامهم من اصل المسئلة ففى صورة الاستقامة تصح المسئلتان من التصحيح الاول كما اذا مات الزوج فى المثال المذكور عن امرأة وابوين لان اصلها اثنا عشر فاذا اخذ الزوج منها ثلاثة والبنت ستة والام اثنين بقى منها واحد يجب ردها على البنت والام بقدر سهامهما فاذا رددنا المسئلة الى اقل مخارج فرض من لا يرد عليه صارت اربعة فاذا اخذ الزوج منها واحدا بقى ثلاثة فلا يستقيم على الاربعة التى هى سهام البنت والام بل بينهما مباينة فيضرب هذه السهام التى هى بمنزلة الرؤس فى ذلك الاقل فيحصل ستة عشر فللزوج منها اربعة وللبنت تسعة وللام ثلاثة ثم تلك الاربعة التى هى للزوج منقسمة على ورثته المذكورين فلزوجته واحد منها ولامه ثلث ما بقى وهو ايضا واحد ولابيه اثنان فاستقام ما فى يد الزوج من التصحيح الاول على التصحيح الثانى وصحت المسئلتان من التصحيح الاول (والا) اى وان لم يستقم نصيب الميت الثانى من فريضة الميت الاول على مسئلته (فاضرب وفق التصحيح الثانى فى) جميع (التصحيح الاول ان وافق نصيبه مسئلته) لان فى التصحيح اذا انكسر سهام طائفة واحدة عليهم وكان بين سهامهم ورؤسهم موافقة يضرب وفق عدد الرؤس فى اصل المسئلة فكذا ههنا يضرب وفق التصحيح الثانى الذى هو بمنزلة الرؤس هناك فى التصحيح الاول القائم ههنا مقام اصل المسئلة فيحصل به ما تصح منه المسئلتان كما اذا ماتت البنت ايضا فى ذلك المثال وخلفت كما ذكر ابنين وبنتا وجدة فان ما فى يدها فى التصحيح الاول تسعة وتصحيح مسئلتها ستة وبينهما موافقة بالثلث فيضرب ثلث الستة وهو اثنان فى ستة عشر فالمبلغ وهو اثنان وثلاثون مخرج المسئلتين (والا) اى وان لم يوافق نصيبه مسئلته (فاضرب كل) التصحيح (الثانى فى) كل التصحيح (الاول) على قياس ما فى باب التصحيح على تقدير المباينة بين رؤس الطائفة وبين سهامهم (فالحاصل من الضرب مخرج المسئلتين) كما اذا ماتت فى ذلك المثال الجدة التى هى ام المرأة المتوفاة اولا وخلفت زوجا واخوين فان ما فى يدها تسعة كما عرفت آنفا وتصحيح مسئلتها اربعة وبين

التسعة والاربعة مباينة فاضرب حينئذ الاربعة فى التصحيح السابق اعنى اثنين وثلثين يبلغ مائة وثمانية وعشرين فهى مخرج المسئلتين وتمامه فى السيد الشريف (ثم اضرب سهام ورثة الميت الاول) من تصحيح مسئلته (فى وفق التصحيح الثانى) على تقدير الموافقة (او فى كله) على تقدير المباينة فيكون الحاصل من ضرب سهام كل وارث منهم فى هذا المضروب نصيبه من المبلغ المذكور والسبب ان التصحيح الثانى ووفقه ههنا بمنزلة المضروب فى اصل المسئلة ثمة (واضرب سهام ورثة الميت الثانى) من تصحيح مسئلته (فى وفق ما فى يده) على تقدير الموافقة (او فى كله) على تقدير المباينة (فالخارج فهو) اى الحاصل من هذا الضرب (نصيب كل فريق) لان حق ورثة الميت الثانى انما هو فيما فى يده فصار سهام كل واحد منهم مضروبة فيه (فان مات ثالث) من الورثة قبل القسمة (فاجعل المبلغ) الذى صح منه مسئلة الاولى والثانية (مكان الاول والثالث مكان الثانى) فى العمل كأن الميت الاول والثانى صارا ميتا واحدا فيصير الميت الثالث ميتا ثانيا (وكذا تفعل ان مات رابع او خامس وهلم جرا) الى غير النهاية فانه لما صار تصحيح الميت الاول والثانى والثالث تصحيحا واحدا صاروا كلهم ميتا واحدا فيصير الميت الرابع ميتا ثانيا وكذا الحال اذا صار تصحيح اربعة من الموتى تصحيحا واحدا كانوا بمنزلة ميت واحد فصار الخامس ميتا ثانيا وهكذا الى ما لا يتناهى وتفصيل هذا الباب فى شرح الفرائض للسيد فليراجع

﴿ حساب الفرائض ﴾

(الفروض) الستة المذكورة فى كتاب الله تعالى (نوعان) على التنصيف ان بدأت بالاكثر او على التضعيف ان بدأت بالاقل فثلاثة منها نوع وثلاثة اخرى نوع آخر (الاول النصف ونصفه) اى نصف النصف (وهو الربع ونصف نصفه) اى نصف الربع (وهو الثمن و) النوع (الثانى الثلثان ونصفهما) اى نصف الثلثين (وهو الثلث ونصف نصفهما) اى نصف نصف الثلثين (وهو السدس فالنصف يخرج من اثنين والربع من اربعة والثمن من ثمانية والثلثان والثلث من ثلاثة والسدس من ستة) فان مخرج كل فرض من هذه الفروض سمية من الاعداد اذ الربع سمية الاربعة وكذا الباقى الا النصف فانه من اثنين والاثنان ليس سميا للنصف فان كان فى المسئلة النصف فقط كما فى من خلف بنتا واختا لاب وام فهى من اثنين وان كان فيها الربع وحده كما فى من تركت الزوج مع الابن كانت من اربعة وان كان فيها الثمن فقط كما فى من ترك الزوجة والابن كانت من ثمانية وان كان فيها الثلث وحده كما اذا ترك اما واخا لاب وام وان كان فيها الثلثان فقط كما اذا ترك بنتين وعما فهى من ثلاثة وان كان فيها السدس فقط كما اذا ترك ابا وابنا فهى من ستة (وان اختلط النصف) من النوع الاول (بالنوع الثانى) كله اى بالثلثين والثلث والسدس كما اذا تركت زوجا واما واختين لاب وام واختين لام (او اختلط ببعضه) اى ببعض النوع الثانى كما اذا اختلط النصف بالثلث فقط او بالثلثين فقط او بالسدس وحده او بالثلث والثلثين معا او بالثلثين والسدس معا او بالثلث والسدس معا (فمن ستة) اى فالمسئلة من ستة لان مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة وكلاهما داخلان فى الستة فهى مخرج النصف المختلط بفروض النوع الثانى على جميع الوجوه المذكورة وايضا بين مخرج النصف والثلث مباينة فاذا ضرب احدهما فى الآخر حصل ستة فهى مخرج لهما (او) اختلط (الربع) من النوع الاول بكل الثانى كما اذا

خلف زوجة واما واختين لاب وام واختين لام او ببعضه كما اذا اختلط بالثلثين فقط او بالثلث فقط
او بالسدس فقط او بالثلثين والسدس معا او بالثلثين والثلث او بالثلث والسدس معا (فمن اثنى عشر)
اى فالمسئلة من اثنى عشر لان مخرج اقل جزء من النوع الثانى هو الستة وقد دخل فيها مخرج الثلث
والثلثين فاكتفينا بها مخرجا للكل (او) اختلط (الثمن) من النوع الاول بكل الثانى هذا انما يتصور
على رأى ابن مسعود رضى الله عنه واما على رأينا فهو غير متصور كما قرر فى موضعه او ببعضه كما
اذا اختلط بالثلثين والسدس او بالثلث والسدس على رأيه او بالثلثين والثلث على رأيه او بالثلثين
فقط او بالسدس فقط او بالثلث فقط (فمن اربعة وعشرين) اى فالمسئلة من اربعة وعشرين لان
مخرج اقل جزء من النوع الثانى هو الستة التى دخل فيها مخرج الثلث والثلثين فوجب الاكتفاء
بها لما عرفت وبين الستة ومخرج الثمن اعنى الثمانية موافقة بالنصف فضربنا نصف احديهما فى كل
الاخرى فحصل اربعة وعشرون وايضا بين مخرج الثلث والثلثين ومخرج الثمن مباينة فضربنا
الكل فى الكل فصار الحاصل ايضا اربعة وعشرين فمنها تخرج الفروض المختلطة بالثمن (واذا
انكسر سهام فريق عليهم) اى على الورثة من ذلك الفريق (وباينت سهامهم) اى سهام من
انكسر عليهم (وعددهم فاضرب عددهم) اى كل عدد رؤس من انكسر عليهم السهام
(فى اصل المسئلة) ان لم تكن عائلة وفى اصلها مع عولها ان كانت عائلة (كامرأة واخوين)
اصل المسئلة اربعة فاذا اخذت المرأة منها واحدا بقى ثلاثة ولا يستقيم على الاخوين وبينهما
مباينة فضربنا الاثنين فى اصل المسئلة فحصل ثمانية فللمرأة من اصل المسئلة واحد ضربناها فى
الاثنين فلم يتغير فالاثنان لها وللاخوين من اصل المسئلة ثلاثة ضربناها فى الاثنين فحصل ستة
فلكل واحد ثلاثة منها (وان وافق سهامهم عددهم فاضرب وفق عددهم) اى عدد رؤس
من انكسر عليهم السهام (فى اصل المسئلة) ان لم تكن عائلة وفى اصلها مع عولها ان كانت عائلة
(كامرأة وستة اخوة) اصل المسئلة اربعة واذا اخذت المرأة واحدا منها بقى ثلاثة ولا تستقيم
على الستة وبينهما موافقة بالثلث فضربنا وفق عددهم وهو اثنان فى اصل المسئلة وهو اربعة
فيكون ثمانية كان للزوج واحد فضرب فى اثنين فيكون اثنين وللاخوة ثلاثة فضرب فى اثنين
فيكون ستة لكل واحد منهم سهم (وان انكسر سهام فريقين او اكثر وتماثل اعداد رؤسهم
فاضرب احد الاعداد فى اصل المسئلة) حتى يحصل ما تصح منه المسئلة على جميع الفرق
(كثلاث بنات وثلاثة اعمام) اصل المسئلة ثلاثة اثنان منها للبنات وواحد للاعمام فينكسر
على الفريقين لكن بين اعداد رؤس البنات واعداد رؤس الاعمام تماثل فيضرب عدد
احدهما وهو ثلاثة فى اصل المسئلة فيكون تسعة الثلثان منها ستة وهى حق البنات الثلاث
والباقى وهو ثلاثة للاعمام (وان تداخلت الاعداد فاضرب اكثرها) اى اكثر الاعداد
(فى اصل المسئلة) حتى يحصل ما تصح منه المسئلة (كاربع زوجات وثلاث جدات واثنى عشر
عما) اصلها من اثنى عشر للزوجات الربع وهو ثلاثة ولا تستقيم عليها وللجدات السدس وهو
سهمان ولا يستقيم عليها ايضا وللاعمام الباقى وهو سبعة ولا موافقة بين الاعداد والسهام لكن

(الاعداد)

الاعداد متداخلة فيضرب اكثرها وهو اثنى عشر في اصل المسئلة وهو اثنى عشر فيكون مائة واربعة واربعين كان للزوجات ثلاثة فضرب في اثنى عشر فيكون ستة وثلثين وللجدات سهمان فيضربان في اثنى عشر فيكون اربعة وعشرين وللاعمام سبعة فضرب في اثنى عشر فيكون اربعة وثمانين (وان وافق بعض الاعداد بعضا فاضرب وفق احدهم في جميع الثاني) ضرب (المبلغ في وفق الثالث ان وافق والا) اى وان لم يوافق (ففي جميعه و) اضرب (المبلغ في الرابع كذلك) اى في وفقه ان وافق والا في جميعه (ثم) اضرب (الحاصل في اصل المسئلة) حتى يحصل ما تصح منه المسئلة (كاربع زوجات وخمس عشرة جدة وثماني عشرة بنتا وستة اعمام) اصلها من اربعة وعشرين للزوجات الثمن وهو ثلاثة ولا تستقيم عليها ولا توافق وللجدات السدس وهو اربعة ولا تستقيم عليها ولا توافق وللبنات الثلثان وهو ستة عشر ولا تستقيم عليهن وبين رؤسهن وسهامهن موافقة بالنصف فرجع الى النصف وهو تسعة وبقي للاعمام سهم فعنا اربعة وخمسة عشر وتسعة وستة ثم طلبنا بينهما التوافق فوجدنا الاربعة موافقة للستة بالنصف فرددنا احدهما الى نصفها وضربناه في الاخرى صار المبلغ اثنى عشر وهو موافق للتسعة بالثلث فضربنا ثلث احدهما في جميع الاخرى صار المبلغ ستة وثلاثين وبين هذا المبلغ الثاني وبين خمسة عشر موافقة بالثلث ايضا فضربنا ثلث خمسة عشر وهو خمسة في ستة وثلاثين فحصل مائة وثمانون ثم ضربنا هذا المبلغ الثالث في اصل المسئلة اعني اربعة وعشرين فصار الحاصل اربعة آلاف وثلاثمائة وعشرين وتمامه في شروح الفرائض فليطالع (وان تباينت الاعداد فاضرب كل احدها في جميع الثاني ثم المبلغ في الثالث ثم المبلغ في الرابع ثم) اضرب (الحاصل في اصل المسئلة) حتى يحصل ما تصح منه المسئلة (كامرأتين وعشر بنات وست جدات وسبعة اعمام) اصلها ايضا اربعة وعشرون للزوجين الثمن وهو ثلاثة لا تستقيم عليهما وبين رؤسهن وسهامهن مباينة فاخذنا عدد رؤسهن وللجدات السدس وهو اربعة لا تستقيم عليهن وبين اعداد رؤسهن وسهامهن موافقة بالنصف فاخذنا نصف عدد رؤسهن وللبنات الثلثان وهو ستة عشر لا تستقيم عليهن وبين رؤسهن وسهامهن موافقة بالنصف فاخذنا نصف عدد رؤسهن وللاعمام الباقي وهو واحد لا يستقيم عليهم وبينه وبين عدد رؤسهم مباينة فاخذنا عدد رؤسهم فصار معنا من الاعداد المأخوذة للرؤس اثنان وثلاثة وخمسة وسبعة وهذه كلها اعداد متباينة فضربنا الاثنين في الثلاثة صارت ستة ثم ضربنا هذا المبلغ في خمسة فصار ثلاثين ثم ضربنا الثلاثين في سبعة فحصل مائتان وعشرة ثم ضربنا هذا المبلغ في اصل المسئلة وهو اربعة وعشرون فصار المجموع خمسة آلاف واربعين فمنها تستقيم المسئلة على جميع الطوائف هذا اذا لم تكن المسئلة عائلة (و) اما (ان كانت المسئلة عائلة فاضرب ما ضربته في الاصل فيه مع العول في جميع ذلك) على ما قررناه في المسائل المذكورة

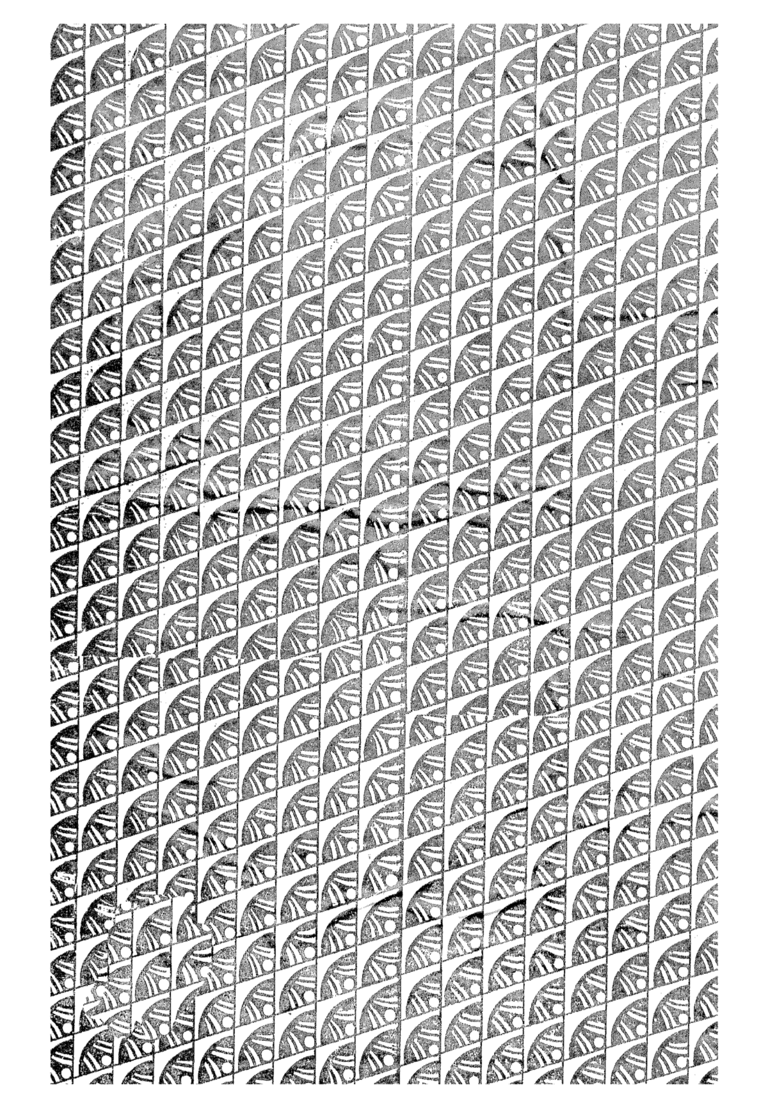
﴿ فصل ﴾

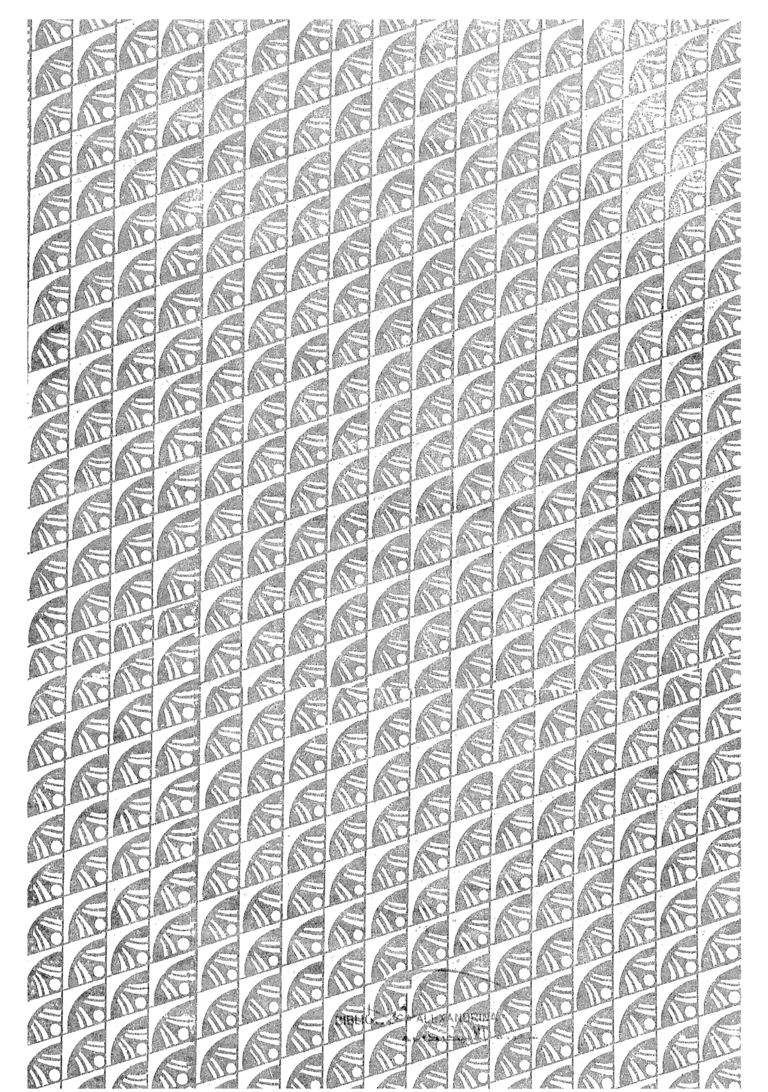
(وتداخل العددين يعرف بان يطرح الاقل من الاكثر مرتين او اكثر فيفنيه) اى يفني الاقل الاكثر كالثلاثة والستة (او تقسم الاكثر على الاقل فيقسم قسمة صحيحة) اى قسمة لا كسر فيها كالستة فانها منقسمة على الثلاثة وعلى الاثنين ايضا بلا كسر فيصيب من الستة كل واحد من

الثلاثة اثنان ومن اثنين ثلاثة وقس على ذلك سائر المتداخلين والسبب فيه انه اذا عد عدد ماهو اكثر منه كان الاكثر مثلي الاقل او امثاله فيصيب بالقسمة كل واحد من آحاد الاقل آحاد صحيحة بعدد امثال الاقل في الاكثر ثم مثل المتداخلين بقوله (كالخمسة مع العشرين) لانك اذا طرحت الخمسة من العشرين اربع مرات افنيت العشرين فهما متداخلان وكذلك اذا قسمت العشرين على الخمسة يجئ اربعة اقسام صحيحة او نقول التداخل هو ان يزيد على الاقل مثله او امثاله يساوى الاكثر او ان يكون الاقل جزء الاكثر جزأ مفردا من الاكثر فلا تداخل بين الستة والتسعة وان كان الستة ثلثي التسعة لانها ليست جزأ مفردا ومن شرط التداخل ان لا يكون الاقل زوجا مع كون الاكثر فردا وان لا يزيد الاقل على نصف الاكثر (و) يعرف (توافقهما) اى العددين في جزء كالنصف ونظائره (بان ينقص الاقل من الاكثر من الجانبين حتى يتوافقا في مقدار فان توافقا في واحد فهما متباينان) كالخمسة مع السبعة والتسعة واحد عشر مع عشر (وان) توافقا (في اكثر من واحد فهما متوافقان فان كان الاكثر (في اثنين فهما متوافقان بالنصف) كثمانية عشر مع الثمانية فانه اذا القيت من ثمانية عشر ثمانية مرتين بقي منها اثنان واذا القي اثنان من الثمانية ثلاث مرات بقي منها ايضا اثنان فهما متوافقان بالنصف (وان) كان الاكثر (ثلاثة فبالثلث) كما في التسعة والاثني عشر (او) كان الاكثر (اربعة فبالربع) كالثمانية والاثني عشر (هكذا الى عشرة) اى يكون التوافق في الاعداد التي هي العشرة ومادونها بواحد من الكسور التسعة المشهورة وهي النصف الى العشر ويسمى هي مع مايتركب منها بالاضافة او التكرير بالكسور المنطقة (وان) توافقا (في احد عشر) كاثنين وعشرين مع ثلاثة وثلاثين (فبجزء من احد عشر) اى هما متوافقان بجزء من احد عشر (وهلم جرا) اى ان توافقا في ثلاثة عشر يتوافقان بجزء من ثلاثة عشر كستة وعشرين وتسعة وثلاثين فان العاد لهما ثلاثة عشر وفي خمسة عشر يتوافقان بجزء من خمسة عشر كثلثين مع خمسة واربعين فان خمسة عشر يعدهما معا فهما متوافقان بجزء منهما (وان اردت معرفة نصيب كل فريق) كالبنات والجدات والزوجات والاعمام وغيرها (من التصحيح) الذي استقام على الكل (فاضرب ما كان له) اى لكل فريق (من اصل المسئلة فيما ضربته في اصل المسئلة) اى في المضروب الذي ضربته في اصلها (فاخرج) من هذا الضرب (فهو نصيبه) اى نصيب ذلك الفريق (وكذا العمل في معرفة نصيب كل فرد) من افراد ذلك الفريق من التصحيح (وان شئت) سهام كل فرد من اصل المسئلة (فانسب سهام كل فريق من اصل المسئلة الى عدد رؤسهم) مفردا عن اعداد رؤس غيرهم (ثم اعط بمثل تلك النسبة من المضروب لكل فرد منهم) من افراد ذلك الفريق (وان اردت قسمة التركة بين الورثة والغرماء) الواو الواصلة ههنا مستعارة لاو الفاصلة اذ لا يتصور القسمة بين الطائفتين معا لان التركة ان وفت بجميع الديون فلا قسمة بين الغرماء والا فلا قسمة بين الورثة (فانظر بين التركة والتصحيح فان كان بينهما موافقة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في وفق التركة ثم اقسم) المبلغ (الحاصل) من هذا الضرب (على وفق التصحيح فاخرج فهو نصيب ذلك الوارث) مثاله زوج وام واختان لاب وام اصلها من ستة وتعول الى ثمانية فللزوج منها ثلاثة وللام واحد

ولكل من الاختين سهمان فان فرض ان جميع التركة خمسون دينارا يكون بين التصحيح والتركة موافقة بالنصف فيضرب سهم الزوج من التصحيح وهو ثلاثة في وفق التركة وهو خمسة وعشرون يبلغ خمسة وسبعين ثم تقسم الخمسة والسبعون على وفق التصحيح وهو اربعة فيكون للزوج من التركة ثمانية عشر دينارا وثلثة ارباع دينار ويضرب سهم الام من التصحيح وهو واحد في خمسة وعشرين وهو وفق التركة فيكون خمسة وعشرين ثم نقسمها على وفق التصحيح وهو اربعة فيكون للام ستة دنانير وربع دينار ويضرب سهم كل من الاختين وهو سهمان في وفق التركة فيبلغ خمسين ثم نقسمها على وفق التصحيح وهو اربعة فيكون لكل واحد من الاختين اثنى عشر دينارا ونصف دينار (وان لم يكن بينهما موافقة فاضرب سهام كل وارث في جميع التركة ثم اقسم) المبلغ (الحاصل على جميع التصحيح فما خرج) من هذه القسمة (فهو نصيبه) اى نصيب ذلك الوارث كما اذا فرض ان جميع التركة خمسة وعشرون دينارا كان بينها وبين التصحيح الذى هو ثمانية مباينة فاذا اردت ان تعرف نصيب كل وارث من هذه التركة فاضرب نصيب الزوج من التصحيح وهو ثلاثة في كل التركة يحصل خمسة وسبعون ثم اقسم هذا المبلغ على التصحيح اعنى ثمانية يخرج تسعة دينار وثلاثة اثمان دينار فهذه نصيب الزوج واضرب ايضا نصيب الام من التصحيح وهو واحد من جميع التركة فيكون الحاصل خمسة وعشرين فاذا قسمتها على الثمانية خرج ثلاثة دنانير وثمن دينار فهى نصيب الام واضرب نصيب كل اخت من التصحيح وهو اثنان في كل التركة يحصل خمسون فاذا قسمت هذا الحاصل على الثمانية خرج ستة دنانير وربع دينار فهو نصيب كل اخت من التركة (وكذا العمل لمعرفة نصيب كل فريق) من الورثة يعنى فاضرب ما كان لكل فريق من اصل المسئلة في وفق التركة ثم اقسم المبلغ الحاصل من هذا الضرب على وفق تصحيح المسئلة ان كان بين التركة وتصحيح المسئلة موافقة وان كان بينهما مباينة فاضرب ما كان لكل فريق في كل التركة ثم اقسم الحاصل على جميع تصحيح المسئلة فالخارج نصيب ذلك الفريق في الموافقة والمباينة وتمامه في السيد فليطالع (وفى القسمة بين الغرماء اجعل مجموع الديون كالتصحيح وكل دين) من ديون الغرماء (كسهام وارث ثم اعمل العمل المذكور) فاذا كان للميت غريمان لكل منهما ثلاثة آلاف وستة غرماء لكل منهم الفان وكانت التركة عشرين كان بين جميع الديون وذلك ثمانية عشر وبين التركة موافقة نصفيه فتضرب الثلاثة التى كانت لكل من الغريمين في نصف التركة وذلك عشرة تبلغ ثلثين وتقسم على نصف الديون وذلك تسعة فالخارج وذلك ثلاثة وثلث نصيب كل منهما فيكون لكليهما ستة وثلثان وبضرب الاثنان اللذان كانا لكل من الغرماء الستة في العشرة يبلغ عشرين ويقسم على التسعة فالخارج وذلك سهمان وتسعان نصيب كل منهم فيكون للغرماء الستة اثنى عشر سهما واثنى عشر تسعا وذلك سهم وثلث سهم فاذا ضممت ثلاثة عشر وثلثا الى ستة وثلثين يبلغ عشرين وان كانت التركة تسعة عشر فبينهما وبين جمع الديون مباينة فتضرب ثلاثة كل من الغريمين في تسعة عشر تبلغ سبعة وخمسين فتقسم على ثمانية عشر فالخارج وهو ثلاثة اسهم وتسع ونصف تسع لكل منهما فيكون لكليهما ستة اسهم

و ثلاثة اتساع و ذلك ثلث سهم فيضرب سهما كل من الغرماء الستة فى تسعة عشر يبلغ ثمانية و ثلثين
فيقسم على ثمانية عشر فالخارج و هو سهمان و تسع لكل منهم فللغرماء الستة اثنى عشر و ستة اتساع
سهم و ذلك ثلثان فاذا ضممت اثنى عشر و ثلثين الى ستة و ثلث يبلغ تسعة عشر (و من صالح من
الورثة او الغرماء على شئ) معلوم (منها) اى من التركة (فاطرح نصيبه من التصحيح او الديون
واقسم الباقى على سهام من بقى) من الورثة (او) على (ديونهم) اى ديون من بقى من الغرماء مثاله
زوج و ام و عم ففيها نصف و ثلث الكل و ما بقى فاصلها و تصحيحها من ستة فاذا صالح الزوج على
شئ كان فى ذمته من المهر و خرج من البين نطرح سهامه من التصحيح و ذلك ثلاثة و يقسم ما فى التركة
على سهام الباقين على ما كان اثلاثا ثلثاه للام و ثلثه لام (قال الفقير) يريد المولى الفاضل روح الله
روحه و زاد فى اعلى غرف الجنان فتوحه نفسه النفيسة (هذا آخر) كتاب سماه (ملتقى الابحر و لم
آل) من الاول و هو التقصير (جهدا) اى لم امنعك جهدا (فى عدم ترك شئ من مسائل الكتب
الاربعة) و هى القدورى و المختار و الكنز و الوقاية كما مر فى الخطبة (والتمس) على صيغة المتكلم
من الالتماس (من الناظر فيه) اى فى هذا الكتاب (ان اطلع على الاخلال بشئ منها) اى من مسائل
الكتب الاربعة بان لا يذكره فى محله (ان يلحقه) مفعول التمس (بمحله فان الانسان محل النسيان)
سمى الانسان لانه الناسى و لذلك قيل اول الناس اول الناسى (و ليكن) امر غائب (ذلك) اى
الالحاق بمحله الاصلى (بعد التأمل فى مظان تلك المسئلة) اى بعد التأمل فى موضع يظن تلك
المسئلة منها (فانه ربما ذكرت بعض المسائل فى بعض الكتب المذكورة فى موضع و فى غيره
فى موضع آخر فاكتفيت بذكرها) اى بذكر تلك المسئلة (فى احد الموضعين) فيظن ان هذا ليس
بمحله لكن بعد التأمل يظهر وجهه (ثم انى زدت) فيه (مسائل كثيرة من الهداية و مجمع البحرين)
قال فى الخطبة و نبذة من الهداية فيكون مناقضا لما قال هناك لكن اسلفنا التوفيق بينهما ثمة فلا حاجة
الى التكرار (و لم ازد شيأ من غيرهما) اى غير الهداية و مجمع البحرين (حتى يسهل الطالب على
من اشتبه عليه صحة شئ مما ليس فى الكتب الاربعة و الله حسبى) اى كافى (و نعم الوكيل) الحمد لله
على الكمال و التمام و الصلاة و السلام على افضل الرسل الكرام محمد سيد الانام * و على آله و صحبه
العظام * ما بقى على وجه الارض علماء الاعلام * بعون الله العزيز الجليل * و عليه الاعتماد و التعويل
* فى ان يهدينى سواء السبيل * و يجعلنى من رحمته فى ظل ظليل * و يعصمنى عن مزلة الافهام *
و يثبتنى يوم تزل الاقدام انه قريب مجيب * و ما توفيقى الا بالله عليه توكلت و اليه انيب و قد انتهى هذا
الشرح ، تم بفضله تعالى ببلدة ادرنه * صانها الله من البلية * قاضيا بالعساكر المنصورة * فى ولاية
الروم ايلى المعمورة * راجيا من الله عز و جل * لعفو ما وقع منى فيه من القصور و الخبط و الزلل *
و ذلك فى ليلة الخميس فى اليوم التاسع عشر من جماذى الآخرة من شهور سنة سبع و سبعين
و الف * من هجرة من له العز و الشرف * اللهم اجعله لى ذخرا نافعا و خيرا باقيا
بحرمة جميع الانبياء و المرسلين * خصوصا بحرمة حبيبك محمد المصطفى
صلوات الله عليه و عليهم اجمعين * آمين *






Bibliotheca Alexandrina
04674706